المجموع المذهب

في

قواعد المذهب

للحافظ صلاح الدين خليل كيكلدي العلائي الشافعي
٦٩٤ - ٧٦١ هـ

دراسة وتحقيق

الدكتور مجيد علي العبيدي

الدكتور أحمد خضير عباس

الجزء الأول

دار عمار

المكتبة المكية

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

الإهـــداء

* إلى المعلم الأول سيدنا رسول الله ﷺ.
* إلى علماء الأمة عامة، والعلائي خاصة.
* إلى والدينا.
* إلى كل من آمن بالله رباً، وبالإسلام ديناً، وبمحمد ﷺ رسولاً.

المجموع المذهب
في
قواعد المذهب

١٤٢٥ - ٢٠٠٤م

الناشر

المكتبة المكية

باب العمرة - مكة المكرمة

تلفون: ٥٧٤٢٨٢٤ / مستودع ٥٣٦٦٢٩٩



عمّان - ساحة الجامع الحسيني - سوق البتراء - عمارة الحجيري

تلفاكس ٤٦٥٢٤٣٧ - ص.ب ٩٢١٦٩١ عمّان ١١١٩٢ الأردن

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه[1]، وسلم، رب يسر وأعن، واختم بخير يا كريم.

الحمد لله الفاتح أبواب المعارف لطالبها، المانح أسباب العوارف لراغبها، الموضح سبل الهداية لسالك سباسبها[2]، المنجح مقاصد ذوي العناية في اقتفاء مذاهبها.

أحمدهُ، والقيامُ بشكره من جزيلِ نعمه، وأستعيذُ به من بأسه ونقمه، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، شهادةً تُنجي قائلها من هولِ الكُرَب، وتملأ له سَجْل[3] المواهب إلى عقد الكَرَب[4]. وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، خاتم الرسل الكرام، المنير بهداه حنادس[5] الظلام، الداعي إلى الفوز بدار السلام، البالغ بشرفه إلى أعلى مقام صلى الله عليه وعلى آله الذين شرفوا بالانتساب إليه، وأصحابه الذين نقلوا سننه، وجاهدوا بين يديه، صلاةً لا يُحصَى عددها، ولا ينقضي أمدها، وسلم تسليماً كثيراً.

أما بعد: فإن العلم أشرف المطالب وأعلاها، وأنجح الرغائب وأسناها، وأهم الأمور بالعناية وأولاها، وأتم العبادات أجراً وأوفاها. بين الله تعالى شرفه وفضله. ومَيّز في الشهادة له بالوحدانية حَمَلَته وأهله، واختصهم بخشيته ورفع الدرجات، وأنهم الذين يعقلون عنه. وَثَبَّتَ في صدورهم الآيات البينات، ونبّه نبيه ﷺ على فضلهم في غير ما حديث، واتفق العقلاء على أنهم القادة الأخيار في القديم والحديث.

قال تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِى ٱلَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَٱلَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ۗ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُوْلُوا۟ ٱلْأَلْبَٰبِ﴾ [الزمر: ٩]، وقال تعالى: ﴿شَهِدَ ٱللَّهُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةُ وَأُوْلُوا۟ ٱلْعِلْمِ﴾ [آل عمران: ١٨].

---

(١) الأصحاب جمع صاحب. وهو في اللغة: المعاشر. لسان العرب ٢/ ٤٠٩ مادة (صحب).
وفي الاصطلاح: مَنْ لقيَ النبي ﷺ مؤمناً به ومات على الإيمان. الإصابة في تمييز الصحابة ١/ ٧ لابن حجر العسقلاني، طبعة دار الفكر العربي.

(٢) السباسب: شجر يتخذ منه السهام. والسباسب واحدها سبسب: وهو القفار. لسان العرب ٢/ ٨٦.

(٣) السجل: الدلو العظيمة المملوءة. لسان العرب ٢/ ١٠١ مادة (سجل).

(٤) الكرب: الحبل الذي يشد على الدلو. المصدر السابق ٣/ ٢٣٧ مادة (كرب).

(٥) أ: حندس، وحنادس: جمع حندس، وتطلق على ثلاث ليال من الشهر لظلمتهن، والحِنْدِسُ: الليل الشديد الظلمة. لسان العرب ١/ ٧٣٥ مادة (حندس).

وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا يَخْشَى ٱللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ ٱلْعُلَمَٰٓؤُا۟﴾ [فاطر: ٢٨]، وقال سبحانه وتعالى: ﴿يَرْفَعِ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ مِنكُمْ وَٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْعِلْمَ دَرَجَٰتٍ﴾ [المجادلة: ١١]، وقال تعالى: ﴿وَتِلْكَ ٱلْأَمْثَٰلُ نَضْرِبُهَا لِلنَّاسِ وَمَا يَعْقِلُهَآ إِلَّا ٱلْعَٰلِمُونَ﴾ [العنكبوت: ٤٣]، وقال سبحانه: ﴿بَلْ هُوَ ءَايَٰتٌۢ بَيِّنَٰتٌ فِى صُدُورِ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْعِلْمَ﴾ [العنكبوت: ٤٩].

وقال ﷺ: «مَنْ سلك طريقاً يطلب فيه علماً، سَهَّلَ اللهُ له به طريقاً إلى الجنة، وإن الملائكة لتضعُ أجنحتها لطالبِ العلمِ رضى بما يصنع، وإن العالم ليستغفر له مَنْ في السموات ومَنْ في الأرض حتى الحيتان في جوف الماء، وفضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر الكواكب، وإن العلماء ورثة الأنبياء، وإن الأنبياء لم يورِّثوا ديناراً ولا درهما، وإنما ورَّثوا العلم، فمن أخذ به أخذ بحظٍّ وافر»[(١)]. رواه أبو داود[(٢)]، وابن ماجه[(٣)]، في سننهما من حديث أبي الدرداء، بإسناد حسن. والجملة الأولى منه في الصحيح[(٤)] من وجه آخر.

---

(١) ابن ماجه ١/ ٨١، وسنن أبي داود ٣/ ٣١٦، وسنن الترمذي ٥/ ٤٧.
قال أبو عيسى: ولا نعرف هذا الحديث إلا من حديث عاصم بن رجاء بن حيوة، وليس هو عندي بمتصل، وإنما يروى هذا الحديث عن عاصم بن رجاء بن حيوة عن الوليد بن جميل بن كثير بن قيس عن أبي الدرداء عن النبي ﷺ وهذا أصح.

(٢) وهو: سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني، أحد حفاظ الحديث. جمع كتاب السنن، وعرضه على الإمام أحمد فاستحسنه، قدم بغداد مراراً، وأخيراً نزل البصرة. وتوفي بها سنة ٢٧٥هـ.
العبر في خبر من غبر ٢/ ٥٤ للذهبي، تحقيق فؤاد سيد والدكتور صلاح الدين المنجد، الكويت ١٩٦٢، وشذرات الذهب ٢/ ١٦٧-١٦٨.

(٣) وهو: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه الربعي، رحل إلى العراق ومكة ومصر وغيرها، كتابه في الحديث أحد الكتب الستة المشهورة، توفي يوم الثلاثاء لثمان بقين من رمضان سنة ٢٧٣هـ.
تذكرة الحفاظ ٢/ ٦٣٦، وشذرات الذهب ٢/ ١٦٤.

(٤) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١/ ١٦٠، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٧/ ٢١، طبعة دار الكتب العلمية ببيروت.
ونص الحديث في صحيح مسلم: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «قال رسول الله ﷺ: من نفَّس عن مسلم كربةً من كرب الدنيا نفَّس الله عنه كربةً من كرب يوم القيامة، ومن يسَّر على معسر يسَّر الله عليه في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه، ومن سلك طريقاً يلتمس فيه علماً سهَّل الله له طريقاً إلى الجنة، وما اجتمع قوم في بيت من بيوت الله يتلون كتاب الله ويتدارسونه بينهم، إلا نزلت عليهم السكينة، وغشيتهم الرحمة، وحفتهم الملائكة، وذكرهم الله فيمن عنده».

وفيه عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»[١].

وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا حسد إلا في اثنتين، رجل آتاه الله مالاً فسلَّطه على هَلَكَتِهِ في الحق، ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضي بها ويعلمها»[٢].

وفي سنن ابن ماجه: عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «يُشَفَّعُ يوم القيامة ثلاثة: الأنبياء، ثم العلماء، ثم الشهداء»[٣].

قال بعض أهل العلم[٤]: أَعْظِمْ بِمَرْتَبَةٍ هي واسطةٌ بين النبوة والشهادة.

قال أبو مسلم الخولاني[٥] رحمه الله: مثل العلماء في الأرض: مثل النجوم في السماء، إذا بدت للناس اهتدوا، وإذا خفيت عليهم تحيروا، ومثل الصالحين: مثل الأميال[٦] في الأرض، ينجو بها السالك من الضلالة.

وعن أبي هريرة وأبي ذر رضي الله عنهما قالا: بابٌ من العلم نتعلمه أحبُّ إلينا من ألفِ ركعة تطوُّع[٧].

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ٨٥.

(٢) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١٣/ ١٢٠، وصحيح مسلم بشرح النووي ٦/ ٩٧، وسنن ابن ماجه ٢/ ١٤٠٢.

(٣) سنن ابن ماجه ٢/ ١٤٤٧، وقد ذكر الحديث، الغزالي في الإحياء، وقد جزم العراقي بضعفه، لأن في سنده عتبة بن عبد الرحمن، قال الزبيدي: قال الذهبي في الميزان: متروك متهم. ونقل عن البخاري أنهم تركوه.
انظر إتحاف السادة المتقين بشرح إحياء علوم الدين ١/ ١٢٠ للزبيدي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت.

(٤) وهو: الغزالي، الإحياء ١/ ٧، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي.

(٥) وهو: عبد الله بن ثور، وكنيته أبو مسلم الخولاني، نسبة إلى خولان قرية قرب دمشق، من كبار التابعين رضي الله عنه، كان ناسكاً عابداً له كرامات، ذكره ابن سعد في الطبعة الثانية من تابعي أهل الشام، توفي سنة ٦٢هـ.
طبقات ابن سعد ٧/ ٤٤٨، طبعة دار بيروت للطباعة.

(٦) الأميال: جمع ميل، وهو منار يبنى للمسافر في أنشاز الأرض وأشرافها. لسان العرب ٣/ ٥٥٧.

(٧) جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر الأندلسي ١/ ٢٥، دار الكتب العلمية - بيروت.

وعن عمر[1] رضي الله عنه: لَموتُ ألفِ عابدٍ قائم الليل صائم النهار أهونُ من موتِ العاقل البصير بحلال الله وحرامه[2].

إلى غير ذلك من الآثار الكثيرة. وما أحسن ما قاله الإمام أبو القاسم الزمخشري[3] رحمه الله:

وكل فضيلة فيها سناء ... وجدت العلم من هاتيك أسنى
فلا تعتَدَّ غير العلم ذخراً ... فإن العلم كنز ليس يفنى[4]

ثم أفضل العلوم بعد معرفة الله تعالى، معرفة تكاليفه، وأحكامه، وما يتعبد به المكلف في نقضه وإبرامه، وهو علم الفقه المستنبط من الكتاب والسنة، الكافل لمن قام به على الوجه المأمور به، الفوزَ بالجنة، لما فيه من النفع العام لجميع الأنام، وتمييز الصحيح من الباطل، والحلال والحرام، والإرشاد إلى المطالب الدينية، والمصالح المرعية، والهدى والسداد، والأحكام المتعلقة بالعباد.

قال الله تعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُواْ فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُواْ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ [التوبة: ١٢٢].

وفي الصحيحين عن معاوية رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين»[5].

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الناس معادن خيارهم في الجاهلية خيارهم في الإسلام إذا فقهوا»[6].

---

(١) هو: الخليفة الثاني بعد رسول الله ﷺ، توفي سنة ٢٣هـ. الإصابة ٢/ ٥١٨.

(٢) المصدر السابق ١/ ٢٦.

(٣) هو: محمود بن عمر بن أحمد، أبو القاسم الزمخشري الخوارزمي، قدم بغداد، وسمع من علمائها، وحدث فيها. وكان واسع العلم، كثير الفضل، وله تصانيف كثيرة منها: «الكشاف» في التفسير، و«أساس البلاغة»، و«المنهاج» في الأصول وغيرها. مات سنة ٥٣٨هـ. طبقات المفسرين للسيوطي ٢/ ٣١٤ ليدن ١٨٣٩م، وشذرات الذهب ٤/ ١١٨.

(٤) لم أعثر على قائله.

(٥) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١/ ١٦٤، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٣/ ٦٧، وتكملة الحديث في البخاري «وإنما أنا قاسم والله يعطي ولن تزال هذه الأمة قائمة على أمر الله لا يضرهم من خالفهم حتى يأتي أمر الله» وفي سنن ابن ماجه ١/ ٨٠ ورد الحديث عن أبي هريرة.

(٦) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٦/ ٣٦٧، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٦/ ٧٨.

وفي جامع الترمذي[1]: عن أبي هريرة رضي الله عنه: قال: قال رسول الله ﷺ: «خصلتان لا يجتمعان في منافق: حسن السَّمْتِ، وفقه في الدين»[2].

وروي عنه ﷺ أنه قال: «ما عُبِدَ الله بشيء أفضل من فقه في الدين»[3].

وقال علي الأزدي[4]: سألت ابن عباس[5] رضي الله عنهما عن الجهاد، فقال: (ألا أدلك على ما هو خير لك من الجهاد؟ تبني مسجداً فتعلم فيه القرآن والفقه في الدين)[6].

وعن يحيى[7] بن أبي كثير في قوله تعالى: ﴿وَٱصْبِرْ نَفْسَكَ مَعَ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ رَبَّهُم بِٱلْغَدَوٰةِ وَٱلْعَشِيِّ يُرِيدُونَ وَجْهَهُۥ﴾ [الكهف: ٢٨]، قال: مجالس الفقه.

وقال عطاء[8] الخراساني في قوله ﷺ: «إذا مررتم برياض الجنة فارتعوا، قالوا: يا

---

(١) هو: عيسى بن محمد بن سورة الأسلمي الترمذي، من حفاظ الحديث، تتلمذ على يد البخاري وشاركه في بعض شيوخه، رحل في طلب الحديث إلى خراسان والعراق والحجاز، ذهب بصره آخر عمره. من تصانيفه «الجامع الكبير» في الحديث. مات بترمذ سنة ٢٧٩هـ، وفيات الأعيان ٣/ ٤٠٧، وميزان الاعتدال ٣/ ١٧٧ للذهبي تحقيق علي البجاوي القاهرة ١٩٦٣م.

(٢) سنن الترمذي ٥/ ٤٨. قال أبو عيسى: هذا حديث غريب. ولا نعرف هذا الحديث من حديث عوف إلا من حديث هذا الشيخ، خلف بن أيوب العامري. ولم أر أحداً يروي عنه غير أبي كريب محمد بن العلاء، ولا أدري كيف هو.

(٣) جامع بيان العلم ١/ ٢٦، وذكره الهيتمي في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ١/ ١٢١ طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية ١٩٦٧م، وتتمة الحديث: «ولفقيه واحد أشد على الشيطان من ألف عابد، ولكل شيء عماد، وعماد هذا الدين: الفقه» قال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط وفيه يزيد بن عياض وهو كذاب، وكنز العمال ١٠/ ١٤٧ للعلامة حسام الدين الهندي مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٧٩م.

(٤) هو: علي بن عبد الله الأزدي، تابعي روى عن ابن عمر، وابن عباس رضي الله عنهما، كان يختم القرآن في رمضان كل ليلة. وقال عدي: ليس عنده كثير حديث. وهو عندي لا بأس به. تهذيب التهذيب ٧/ ٣٥٨.

(٥) ابن عباس هو: عبد الله بن عبد المطلب القرشي توفي بالطائف سنة ٦٨هـ. انظر الإصابة ٢/ ٣٣٠.

(٦) جامع بيان العلم وفضله ١/ ٣١، وكنز العمال ١٠/ ٢٥٥.

(٧) هو: يحيى بن صالح أبو نصر بن أبي كثير، عالم أهل اليمامة في عصره، أقام عشر سنين في المدينة يأخذ من أعيان التابعين. كان من ثقات أهل الحديث، توفي سنة ١٢٩هـ. طبقات ابن سعد ٥/ ٤٠٤، وتاريخ الإسلام للذهبي ٥/ ١٧٩، تحقيق الدكتور عمر عبد الستار تدمري طبعة دار الكتاب العربي.

(٨) هو عطاء بن عبد الله مولى المهلب بن أبي صفرة الأزدي، نزيل بيت المقدس، سمع من أبي=

رسول الله، وما رياض الجنة؟ قال: حِلَقُ الذكر»[١].

قال عطاء: مجالس الذكر: هي مجالس الحلال والحرام، كيف يشتري، ويبيع، ويصلي، ويصوم، وينكح، ويطلق، وأشباه هذا[٢].

وقال سفيان بن عيينة[٣]: لم يُعْطَ أحد بعد النبوة شيئاً، أفضل من العلم والفقه.

ولله در القائل:

كل العلوم سوى القرآن مشغلة ... إلا الحديث وإلا الفقه في الدين[٤]

ولقد أحسن الآخر في قوله:

غاية العلم بعيد غورها ... إنما العلم بحور زاخرة
فعليك الفقه منه تحتوي ... شرف الدنيا وفوز الآخرة[٥]

ولما كان الفقه بهذه المرتبة الشريفة، والمزايا المنيفة، كان الاهتمام به هو المقصد الأعلى، والأحرى بالتقديم والأولى. ولقد أقام الله تعالى له في كل عصر أئمةً مبرزين، وعلماء لقصبِ السَّبق مُحرزين، فتنوَّعُوا في تصنيفه وترصيفه وتأليفه ما بين مُسْهبين ومُوجزين. حتى إنَّ من تصدى الآن لتصنيف كتاب، مختصر أو مطوّل، لم يكن له موقع، ولا عليه معوَّل، وإنما ينبغي الاهتمام بتنقيح المواضع المغفلة، وتفصيل الأمور المجملة، وسلوك الطرائق التي هي في الأكثر مهملة.

= بريدة والتابعين. وكان كثير الإرسال عن الصحابة. وكان يحيي الليل إلا نومة السحر. توفي سنة ١٣٥هـ.
تهذيب التهذيب ٧/ ٢١٢، وشذرات الذهب ١/ ١٩٢.

(١) أخرجه الترمذي في سننه ٥/ ٤٩٨. وقال: هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه، من حديث ثابت عن أنس.

(٢) المجموع ١/ ٢١ للإمام أبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، مطبوع معه الشرح الكبير للرافعي، وتلخيص الحبير لابن حجر طبعة دار الفكر.

(٣) وهو: سفيان بن عيينة بن ميمون الهلالي الكوفي، محدث الحرم المكي، سكن مكة وتوفي بها. كان واسع العلم كبير القدر. له كتاب في التفسير والجامع في الحديث. توفي سنة ١٩٨هـ، حلية الأولياء لأبي نعيم الأصفهاني ٧/ ٢٧٠، مصر ١٣٥١هـ، وتاريخ بغداد للخطيب البغدادي ٩/ ١٧٤ القاهرة ١٩٣١م.

(٤) هذا البيت للإمام الشافعي، ديوان الشافعي ص١٧٩، جمع وتحقيق زهدي يكن، دار الثقافة، بيروت. سنة ١٩٦١م.

(٥) لم أعثر على قائله.

وقد قال بعض الأئمة المتقدمين: الأقسام السبعة التي لا يؤلف عالم عاقل إلا فيها هي:

إما شيء لم يُسْبَقْ إليه يخترعه، أو شيء ناقص يتممه، أو شيء مغلق يشرحه، أو شيء طويل[١] يختصره دون أن يخل بشيء من معانيه، أو شيء متفرق يجمعه، أو شيء مختلط يرتبه، أو شيء أخطأ فيه مصنفه يصلحه.

وكان من أحسن ما يعانيه الفقيه المتقن، والنبيه المحسن، معرفةُ القواعد الكلية، والمقاصد المرعية، وما يتخرج من الفروع عليها، ويرجع من الشوارد المفرقة[٢] إليها. وهي الطريق التي خفيت مسالكها، وصعبت مداركها، وقَلَّ المعتني بها، وكثر تاركها، ولا يوجد منها إلا إشارات غير مجتمعة، ومختصرات ليست بموضحة ولا مقنعة[٣].

فاستخرتُ الله تعالى، وسألته الهداية إلى الصواب، في جمع هذا الكتاب، المميز للقشر عن اللباب، في هذا النوع البديع، والأسلوب الصنيع، ذاكراً من ذلك ما يسر الله تعالى الوصول إليه من المسائل المخرجة على قواعد أصول الفقه، أو القواعد الفقهية، ومن المسائل المتشابهة في المعنى، والتي يرجع الخلاف فيها إلى أصل واحد، أو يُنَظَّرُ إحداهما بالأخرى، ومن الأقسام الجامعة لمواقع معتبرة من الفقه، ومن المسائل النادرة التي شذت عن النظائر[٤]، واستثنيت من القواعد. إلى غير ذلك من النكت الفائقة، واللطائف الرائقة، غير مدع استيعاب هذه الأنواع ولا مقاربته، بل أثبت فيه ما أمكن الوقوف عليه واستحضاره، ونبهت بما ذكرته على ما عداه لمن يظفر به، فيلحقه بنظائره، ويرصعه مع جواهره.

والذي بعثني على جمع هذا الكتاب، ما وقفت عليه من تعليق في هذا المعنى للعلامة الأوحد[٥] صدر الدين أبي عبد الله بن

(١) لعل الأصح (مُطَوَّل) إذ هو الوصف السائد إطلاقه على الكتب المفصلة.

(٢) ب: المتفرقة.

(٣) من الكتب التي كانت موجودة قبل الشيخ العلائي في القواعد، كتاب «تأسيس النظر» للدبوسي، و«القواعد في الفروع» لابن دوست، و«القواعد في فروع الشافعية» للجرجاني، و«قواعد الأحكام في مصالح الأنام» للعز بن عبد السلام، و«الفروق» للقرافي.

(٤) النظائر: جمع نظير، وهو المساوي. لسان العرب ٣/٦٦٦ مادة (نظر)، والمصباح المنير للعلامة أحمد بن محمد الفيومي ٢/٣٧٩ تحقيق عبد العظيم الشناوي مادة (نظر) ـ مصر دار المعارف.

(٥) ج: الأوحدي.

المرجل[1]، أحد الأئمة الذين رأيتهم وسماه بالأشباه والنظائر[2]، وتمم عليه ابن أخيه، صاحبنا العلامة زين الدين[3]، رحمهما الله تعالى عدةَ مسائل. فضممت إلى ذلك ما يشبهه من كتاب التلخيص[4] للإمام أبي عباس أحمد بن القاص[5] الطبري، وما وقفت عليه من بعض شروحه[6]، وكتاب الرونق[7] المنسوب إلى الشيخ أبي حامد الإسفراييني[8]، وكتاب اللباب[9]، للإمام أبي الحسن

---

(١) هو: محمد بن عمر بن مكي، الملقب بصدر الدين، المكنى بأبي عبد الله بن المرجل، وكان يعرف في بلاد الشام بابن الوكيل المصري ويعرف أيضاً بالباب شامي. كان إماماً بارعاً في المذهب، يضرب المثل باسمه، توفي سنة ٧١٦هـ، طبقات الأسنوي ٢/ ٤٥٩، والبداية والنهاية ١٢/ ٨٠.

(٢) الأشباه والنظائر: الأشباه: هي المُثُلُ في اللغة. المصباح المنير ١/ ٣٥٨ مادة (شبه). والنظائر: تقدم معناها هامش (١). واصطلاحاً: المسائل التي يشبه بعضها بعضاً، مع اختلاف في الحكم لأمور خفية أدركها الفقهاء بدقة أنظارهم. غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ١/ ١٨ تأليف أحمد بن محمد الحموي، دار الطباعة العامرة ١٣٥٧هـ.

(٣) هو: محمد بن عبد الله بن عمر بن مكي، ابن أخي صدر الدين بن المرجل، تفقه ومهر في العلوم حتى كاد يضاهي عمه، سمع بالقاهرة وبدمشق وغيرهما. قدم دمشق سنة ٧٢٥هـ ودرس بها. ذكر ابن رافع أنه صنف كتاباً في أصول الفقه، ولعله يقصد تتمته على الأشباه والنظائر الذي ألفه عمه صدر الدين، توفي سنة ٧٤١هـ وقيل ٧٣٨هـ، البداية والنهاية ١٤/ ١٨١، والدرر الكامنة ٤/ ٩٨.

(٤) هو: كتاب في الفروع، وهو مختصر ذكر في كل باب مسائل منصوصة ومخرجة، ثم أموراً ذهبت إليها الحنفية على خلاف قاعدتهم. كشف الظنون ١/ ٤٧٩.

(٥) هو: العلامة أبو العباس أحمد المعروف بابن القاص الطبري، كان من أئمة الشافعية، صنف كتباً كثيرة منها: «أدب القضاء» و«التلخيص»، عنه أخذ أهل طبرستان الفقه، توفي سنة ٣٣٥هـ.
طبقات الفقهاء لأبي إسحاق الشيرازي ص١١١ طبعة بيروت تحقيق د. إحسان عباس، دار الثقافة، وطبقات الشافعية للسبكي ٢/ ١٠٣.

(٦) من هذه الشروح: شرح الإمام أبي بكر محمد بن علي القفال الشاشي، المتوفى سنة ٣٦٥هـ، وشرح أبي علي حسين بن شعيب، المعروف بابن السنجي، المتوفى سنة ٤٣٠هـ، وهو شرح كبير، وشرح أبي عبد الله بن الحسن الاستراباذي، المعروف بابن ختن الشافعي، المتوفى سنة ٣٨٦هـ في مجلد. كشف الظنون ١/ ٤٧٩.

(٧) الرونق: كتاب مختصر في فروع الشافعية على طريقة اللباب للمحاملي، وقد اختلف في مؤلفه، قيل إنه منسوب إلى الشيخ أبي حامد الإسفراييني، وقيل إنه من تصانيف أبي حاتم القزويني. كذا في طبقات ابن السبكي، وهذا غير مستبعد لأن أبا حاتم قرأ على المحاملي، والرونق أشبه شيء بكلام المحاملي في اللباب. كشف الظنون ١/ ٩٣٤.

(٨) هو: الإمام أبو حامد أحمد بن أبي طاهر محمد بن أحمد الإسفراييني، انتهت إليه رئاسة الدنيا والدين ببغداد. واتفق الموافق والمخالف على تفضيله، وتقديمه في وجوه الفقه، وحسن النظر، وغزارة العلم، توفي سنة ٤٠٦هـ، طبقات الأسنوي ١/ ٥٧، وشذرات الذهب ٣/ ١٧٨.

(٩) هو: كتاب في الفقه، اختصره ولي الدين أبو زرعه أحمد بن عبد الرحيم العراقي المتوفى سنة =

المحاملي[1]، وكتاب القواعد[2] الذي اخترعه شيخ الإسلام، عزالدين بن عبد السلام[3] رحمه الله، وهو الكتاب الذي لا نظير له في بابه، وكتاب الفروق[4] بين القواعد، للعلامة شهاب الدين القرافي[5]، وما أكثر فوائده، إلى ما علقته عن شيخينا العلامتين الرباني أبي إسحاق الفزاري[6]، وشيخ الإسلام أبي المعالي الأنصاري[7] تغمدهما الله برحمته، وما استفدته منهما، وما تضمنته كتب المذهب وأصوله من الفوائد المفرقة، وما يسر الله تعالى وَمَنَّ باستخراجه من اللطائف المحققة، واعتمدت

= ٨٢٦هـ، وسماه «تنقيح اللباب».
«كشف الظنون ٢/ ١٥٤١.

(١) هو: العلامة أحمد بن محمد المحاملي، شيخ الشافعية، كان عديم النظير في الذكاء والفطنة، درس ببغداد وصنف عدة كتب في الخلاف والمذهب، توفي سنة ٤١٥هـ، طبقات الشيرازي ص١٢٩، وطبقات الأسنوي ٢/ ٣٨٣.

(٢) وهو: كتاب «قواعد الأحكام في مصالح الأنام» من الكتب القيمة، لم يكن غرض المؤلف فيه هو جمع القواعد الفقهية وتنسيقها بل كان غرضه بيان مصالح العبادات والمعاملات وسائر التصرفات ليسعى العباد في تحصيلها، وبيان مقاصد المخالفات ليسعى العباد في درئها. كشف الظنون ٢/ ٣٥٩ والكتاب مطبوع.

(٣) هو: الإمام عزالدين بن عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، الملقب بسلطان العلماء، برع في الفقه والأصول والعربية. توفي سنة ٦٦٠هـ، طبقات السبكي ٥/ ٨٠، وشذرات الذهب ٥/ ٣٠١.

(٤) اسم الكتاب «أنوار البروق في أنواع الفروق»، جمع فيه صاحبه (٥٤٠) قاعدة من القواعد الفقهية، وهو من أحسن الكتب التي أنتجها الفقه الإسلامي، فقد امتاز ببيان الفروق بين القواعد، كشف الظنون ١/ ١٨٦ والكتاب مطبوع.

(٥) هو: الإمام أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي، انتهت إليه رئاسة الفقه المالكي، أخذ أكثر الفنون عن العز بن عبد السلام، وابن الحاجب، له مؤلفات منها: «التنقيح في أصول الفقه» و«الذخيرة»، توفي سنة ٦٨٤هـ، الديباج المذهب لابن فرحون ١/ ٢٣٦ القاهرة ١٣٥١هـ، وشجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد بن محمد مخلوف ١٨٨/١ الطبعة الأولى - المطبعة السلفية تصوير دار الكتاب العربي ١٣٤٩هـ.

(٦) ج: الفزاري، وهو: العلامة برهان الدين إبراهيم بن تاج الدين عبد الرحمن الفزاري، برع في الفقه. وساد أقرانه، فانتهت إليه رئاسة الفقه الشافعي في عصره، عرض عليه القضاء فامتنع، توفي سنة ٧٢٩هـ، شذرات الذهب ٦/ ٨٨.

(٧) هو: العلامة محمد بن علي بن سعيد الأنصاري، بهاء الدين أبو المعالي، سمع بمصر ودمشق والإسكندرية وحلب، ودرس بالقوصية، والإرمينية، وولي الحسبة مراراً بدمشق، وأثنى عليه العلماء، توفي سنة ٧٥٢هـ، الدرر الكامنة ٤/ ١٨٣، وشذرات الذهب ٦/ ١٧٢.

في ذلك كله الاختصار. والإشارة إلى رؤوس المسائل، دون الاحتجاج وتقرير الدلائل، إلا في مواضع يسيرة جداً، فإن ذلك مقرر في مواضعه.

وبدأت أولاً، بالضابط الجامع لأبواب الفقه كلها، الذي أملاه عليَّ ارتجالاً شيخنا إمام الأئمة أبو المعالي ـ رحمه الله ـ وما يشبهه في بعضها، ثم بتقسيم لأبواب الفقه كلها بالنسبة إلى نوعي الحكم الشرعي، من خطاب التكليف، وخطاب الوضع، ثم ذكرت القواعدِ الخمس، التي ترجع جميع مسائل الفقه إليها، مع بيان ذلك، والإشارة إلى قطعة من مسائلها، ثم سردت بعد ذلك القواعد، مبتدئاً بالأهم فالأهم منها، ثم ختمت بالمسائل المنفردة عن أصولها، وما أشبه ذلك.

وبالله تعالى أستعين وأعتضد، وعليه أتوكل وأعتمد، وإياه أسأل الإعانة والتوفيق للصواب والإبانة. وإليه أرغب في النفع بذلك في الدنيا والآخرة، وأن يبقى عملاً صالحاً بعد النزول في الحافرة، وأن لا يجعل صفقتنا في العلم خاسرة، بمنه، وطَوله، وقوته، وحوله، إنه بالإجابة جدير، وهو على ما يشاء قدير.

فصل

الفقه: هو العلم بالأحكام الشرعية الفرعية المكتسبة عن أدلتها التفصيلية[1] وبيان هذا مقرر في موضعه.

وهذه الأحكام منحصرة في جلب المصالح، ودرء المفاسد، لأن الشريعة كلها مبنية على ذلك. أما جلب المصالح: فإما أن يكون المقصود الأعظم من تحصيلها في الآخرة، أو في الدنيا.

أما النوع الأول[2]: فهي العبادات بأنواعها.

فمنها: الصلوات المشروعة بأنواعها، وشروطها، وسوابقها، ولواحقها، ويدخل في ذلك أبواب الطهارات كلها، ومقدمات صلاة الجِنازة، من غسل الميت، وتطهيره، وما يستتبعه من الكفن، والدفن، والتعزية.

---

(١) لم أجد نص هذا التعريف لأحد سبق المؤلف فيما اطلعت عليه، ولكن عرف بتعاريف قريبة منه، فقد عرفه الآمدي بأنه: «العلم الحاصل بجملة من الأحكام الشرعية الفروعية بالنظر والاستدلال، وعرفه الغزاليّ: «أنه العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة». المستصفى للغزالي ١/ ٤ طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي ١/ ٧.

(٢) يقصد ما كان المقصود الأعظم من تحصيلها في الآخرة.

ومنها: الزكاة، والصيام، والحج، والجهاد، والعتق بأنواعه ـ من المنجز، والتدبير، والكتابة، وأم الولد، والضحايا، والنذور، وسائر أعمال البر وما يتعلق بذلك.

والنوع الثاني: الذي يكون المقصود الأعظم من تحصيله في الدنيا ـ هو المعاملات ـ وهو على ضربين:

أحدهما: أن تكون المنافع مقصودة فيه بالأصالة.

والثاني: أن تكون مقصودة فيه بالتبعية.

فالأول: هو الحاصل من طرق الحواس الخمس وهي: المذوقات، والملموسات، والمبصرات، والمسموعات، والمشمومات.

أما المذوقات: فيدخل فيه أبواب الأطعمة والأشربة، والطعام إما نبات أو حيوان، والحيوان لا يؤكل إلا بعد الذبح فاستدعى ذلك أبواب الصيد والذبائح.

وأما الملموسات: فمنها الوِقاعُ، والكلام فيه من أربعة أوجه:

أحدها: فيما يفيد حِلَّه، وذلك أبواب النكاح وشروط صحته.

وثانيها: فيما يمنع انعقاد سبب حله، وهو المحرمية، والمصاهرة، والرضاع، وبعض أنواع اختلاف الدين ـ كالمجوسية، والوثنية ـ واستتبع ذلك أنكحة المشركين.

وثالثها: فيما يفيد تحريمه إلزاماً، وذلك إما مع بقاء السبب، وهو الظِّهار[1] والإيلاء[2]، أو مع زوال السبب. وهو إما مؤبد ـ كاللعان[3] ـ أو غير مؤبد ـ كالطلاق

---

(١) الظهار: هو تحريم الرجل امرأته عليه بقوله: «أنت علي كظهر أمي». والظهار مشتق من الظهر. قال ابن قتيبة: وإنما خصوا الظهر بالتحريم دون سائر الأعضاء لأنه موضع الركوب، والمرأة مركوبة إذا غشيت فكأن المظاهر أراد أن يقول: ركوبك علي حرام كركوب أمي للنكاح، وهو استعارة وكناية عن الجماع. الحاوي في الفقه للماوردي ١٣/ ٣١٥، تحقيق الدكتور محمود مطرجي، وجماعة طبعة دار الفكر سنة ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م، والنظم المستعذب في شرح غريب المهذب لابن بطال ٢/ ١١٣، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة الطبعة الثانية ١٩٥٩م.

(٢) الإيلاء: هو اليمين. وهو حلف الرجل أن لا يطأ زوجته مدة يصير بها مولياً – الحاوي ١٣/ ٢٢٤.

(٣) اللعان: هو قذف الرجل زوجته بالزنا، فترافعه إلى القاضي فيكلف الزوج أن يقول أربع مرات: أشهد بالله إني لصادق فيما رميتها به من الزنا. ويقول في الخامسة: لعنة الله علي إن كنت كاذباً في هذا، وتكلف المرأة لتدفع الحد عنها أن تقول: أشهد بالله إنه لكاذب فيما رماني به من الزنا أربعاً. وتقول في الخامسة: غضب الله علي إن كان من الصادقين. طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، للشيخ نجم الدين بن حفص النسفي ص١٣١ تحقيق الشيخ خليل =

والخُلع[1] والردة ـ .

ورابعها: فيما يبحث فيه عن لوازمه، كالصداق، والنفقات، والسكنى، والقَسْم[2]، والنشوز[3]، والعِدَد[4]، والاستبراء[5]، وقد يجيء هـذان فيما يمنع انعقاد سبب الحل أيضاً.

ومن أحكام الملموسات أيضاً: ما يحلُّ لبسه وما يحرم، وما يحل استعماله وما يحرم، كأواني الذهب والفضة، وطهارة الجلود بالدباغ وما لا يطهر.

وأما المبصرات فهي من توابع أحكام النكاح أيضاً، وملك اليمين، ومعرفة المحارم وما يتعلق بذلك من حل النظر وتحريمه.

وأما المسموعات: فهي الغناء وما يتعلق بذلك من الدُّف، واليراع، والوتر، وما يترتب على سامع ذلك وفاعله، وحكم آلاته المتخذة له.

وأما المشمومات: فليس في الفقه ما يتعلق بها، سوى نبذة يسيرة من محظورات الإحرام.

وأما الضرب الثاني: وهو ما المنافع مقصودة فيه بالتبعية، لكونها وسائل ومقاصد إلى الضرب الأول. فهي: الأموال. والبحث عنها من ثلاثة أوجه:

أحدها: فيما يفيد الملك. وهو إما أن يكون بمعاوضة، أو بغير معاوضة.

فالأول: هو البيع وما في معناه، والبيع: إما بيع الأعيان، أو بيع المنافع، وبيع

= الميس، طبعة دار القلم سنة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

(١) الخلع: بضم الخاء وسكون اللام - هو افتراق الزوجين على عوض يدفع للزوج. الحاوي ١٢/ ٢٥٥.

(٢) القسم: هو تسوية الزوج بين الزوجات في المأكل والمشرب والملبس والبيتوتة. روضة الطالبين للنووي ٧/ ٣٤٤ طبعة المكتب الإسلامي ١٣٨٦هـ، ومعجم لغة الفقهاء لمحمد رواسي القلعجي وحامد صادق قنيبي ص٣٦٣.

(٣) النشوز: هو تعالي المرأة على زوجها وإساءتها معاملته، أو تركها بيت الزوجية من غير عذر مشروع. الروضة ٧/ ٣٦٩، ومعجم لغة الفقهاء ص٤٨٠.

(٤) العدد: جمع عدة وهي: تربص النساء عن الأزواج بعد فرقة أزواجهن بموت أو طلاق. الحاوي ١٤/ ١٨٧.

(٥) الاستبراء: هو تربص الأَمَةِ بنفسها مدة يعلم بها خلو رحمها من الولد (ويكون الاستبراء للأمة. وللموطوءة بعقد فاسد، أما غيرهما فتكون عليهن العدة). معجم لغة الفقهاء ص٥٨.

الأعيان: إما بيع العين بالعين، أو بيعها بالدين ـ وهو المؤجل ـ أو بيع الدين بها ـ وهو السَّلَم[1] ـ .

وبيع المنافع يدخل فيه: الإجارة[2]، والجعالة[3]، والمضاربة[4]، والمساقاة[5].

وأما ما يفيد الملك بغير معاوضة، فيدخل فيه: الإرث، والوصية، والهبة، والوقف، وإحياء المَوات[6]، والالتقاط، والعوض في المسابقة، وأخذ الفيء[7]، والغنيمة[8]، وأخذ الزكاة، وما في معناها.

والوجه الثاني: فيما يفيد التسلط على ملك الغير. إمّا بالتملك - كالشفعة[9]،

---

(١) السلم لغة والسلف بمعنى واحد وهو: التقديم والتسليم. انظر الحاوي ٦/ ٧٤، ولسان العرب ٢/ ١٩٣ مادة (سلم).
وفي الاصطلاح: بيع السلعة الآجلة الموصوفة في الذمة بثمن مقبوض في مجلس العقد. فتح العزيز شرح الوجيز (المسمى الشرح الكبير) للرافعي ٩/ ٢٠٧ مطبوع بهامش المجموع للنووي دار الفكر، ومعجم لغة الفقهاء، ص٧٠.

(٢) الإجارة: لغة اسم للأجرة، وهي ما يستحق على عمل الخير، وفي الاصطلاح: تمليك منفعة بعوض. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٥/ ٢٦١ الناشر: المكتبة الإسلامية للحاج رياض الشيخ.

(٣) الجعالة: بكسر الجيم، والجعل بضم الجيم: ما يجعل على العمل، وهي أعم من الأجرة. فالجعالة: هي التزام عوض معلوم على عمل معين بقطع النظر عن فاعله كقوله: من رد علي حصاني فله كذا. الروضة ٥/ ٢٦٨.

(٤) المضاربة: هي عقد شركة يكون فيها المال من طرف، والعمل من طرف آخر، والربح بينهما على ما شرط، والخسارة على صاحب المال وتسمى القراض. طلبة الطلبة ص٣٠١.

(٥) المساقاة: هي أن يدفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه، وعمل سائر ما يحتاج إليه، بجزء معلوم له. الحاوي ٩/ ١٦٠.

(٦) إحياء الموات: جعل الأرض الميتة التي لا مالك لها منتفعاً بها بوجه من وجوه الانتفاع، كالغرس والبناء. معجم لغة الفقهاء ص٤٨.

(٧) الفيء: ما أخذ من أموال الكفار بدون قتال. المصدر السابق نفسه ص٣٥١.

(٨) الغنيمة: ما استولي عليه من أموال الكفار المحاربين عنوة وقهراً حين القتال. المصدر السابق ص٣٣٥.

(٩) الشفعة: بضم الشين وإسكان الفاء، لغة: مأخوذة من الشفع، بمعنى الضم على الأشهر، أو بمعنى التقوية أو الزيادة. لسان العرب ٢/ ٣٣٤ مادة (شفع).
أما اصطلاحاً: فقد عرفها الشافعية بأنها: حق تملك قهري، ثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني ٢/ ٢٩٦ =

ورجوع البائع في عين متاعه عند فَلَسِ المشتري، أو موته، أو بالتصرف - كالوكالة، والشركة، والعارية[1] - ، أو بوضع اليد - كالوديعة - .

والثالث: في أسباب تمنع المالك من التصرف في ملكه - كالرهن[2] والتفليس[3]، والحجر[4] - .

فهذا ضبط الأحكام في جلب المصالح.

وأما دفع المضار، فنقول: المضارُّ إما أن يكون المقصود الأعظم من دفعها في الآخرة أو في الدنيا.

فالأول: هو الكفارات - مثل كفارة الظهار، واليمين، والقتل - وكفارة اليمين متوقفة على معرفة ما يكون يميناً، وما يقع به الحِنْثُ، واستدعى ذلك كتاب الأيمان.

والضرب الثاني: هو أقسام المضار الخمس الضرورية، وهي: مضرة النفوس، والأديان، والأموال، والأنساب، والعقول.

فيدخل في الأول: أحكام القِصاص في النفس والطرف، وأحكام الدية فيهما، وما يتعلق بذلك.

ويدخل في الثاني: أحكام الكفر والإسلام، وما به يصير الشخص مسلماً أو كافراً، وأحكام الرِّدة. ومن يُقَرُّ على دينه من الكفار بالجزية، وما يتعلق به من الأحكام، ويتصل بذلك عقد الهدنة أيضاً.

= ط. مصطفى البابي، ونهاية المحتاج للرملي ٥/ ١٩٤ طبعة الميمنة المصرية.

(١) العارية: لغة: قيل: كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وعيب - وقيل: هي مشتقة من التعاور: وهو التناوب، فكأنه يجعل للغير نوبة للانتفاع بملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء - وقيل: مستعار بمعنى متعاور أي متداول. لسان العرب ٢/ ٩٢٧. والنظم المستعذب ١/ ٣٦٩ مادة (عور).

(٢) الرهن: هو حبس شيء مالي بحق مالي يمكن استيفاؤه منه كلاً أو بعضاً. مغني المحتاج ٢/ ١٢١.

(٣) قال ابن رشد: الفَلَس: عدم المال، والتفليس: خلع الرجل من ماله لغرمائه- فيكون المفلس في عرف الفقهاء: من دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله. فسموه مفلساً وإن كان ذا مال. بلغة السالك لأقرب المسالك لأحمد الصاوي ٢/ ١٢٤ طبعة مصطفى البابي الحلبي.

(٤) الحجر: منع نفاذ التصرفات القولية بسبب الرق، أو نقصان العقل، أو سوء التصرف. معجم لغة الفقهاء ص١٧٥.

ويدخل في الثالث: أحكام الغصب، إن كان أخذ المال بالإعلان، وأحكام السرقة إن كان أخذه بالخفية، وأحكام قطع الطريق إن كان أخذه بالحِرابة، ويتصل به وبالأول أيضاً أحكام دفع الصائل[١].

ويدخل في الرابع: أحكام تحريم الزنى واللواط، والعقوبة المشروعة فيهما، وحد القذف. وما يلحق من النسب وما لا يلحق، ويتصل به أيضاً، أحكام العدد والاستبراء. وقد تقدم[٢].

ويدخل في الخامس: حد الشرب، وبيان المحرم من الأشربة من غيره.

ولما كان كل أحد لا يمكنه استيفاءُ حقوقه من جلب المصالح، ودفع المفاسد بنفسه، احتيج إلى نصب الإمام، لتنفيذ الأحكام، وإيصال الحقوق إلى أهلها، والأخذ على يد الظالم.

ولما كان الإمام لا يمكنه القيامُ بجميع أمور العالم، احتاج إلى نواب، وهم الأمراء والقضاة فاستدعى ذلك، ذكر أحكام الإمام ونوابه والقضاة.

ولما لم يقبل قول الإنسان على الغير إلا بحجة، احتيج إلى الكلام في الحجة، وهي: إما أن تكون من نفس ذلك الغير، كالإقرار واليمين المردودة، أو من غيره، كالشهادة، واستدعى ذلك الكلام في أحكام الشهود، وتعارض البينات، وكيفية الدعاوى، وفيما يقوم مقام البينة ـ كاليمين في القسامة[٣] وغيرها ـ فهذا تقسيم حاوٍ[٤] لجميع أبواب الفقه، مع انتشارها وكثرتها، وبالله التوفيق.

وهناك[٥] تقسيمٌ آخر في ضبط أبواب المعاملات ذكره الشيخ عزالدين بن عبد السلام مختصراً[٦]. ومجموع ذلك لا يخرج عن عشرة أنواع، وهي: نقل، وإسقاط، وقبض،

---

(١) الصائل: من سطا عادياً على غيره يريد نفسه أو عرضه أو ماله. معجم لغة الفقهاء ص٢٦٩.

(٢) ص١٦.

(٣) القسامة: بفتح القاف من أقسم، وهي أيمان مكررة يحلفها ولي الدم عند وجود قتيل في محلة لم يعرف قاتله وبينه وبينهم لوث. وتطلق كذلك على الأيمان التي يحلفها أهل المحلة المتهمون بالقتل. وسميت قسامة لتكرارها وكثرتها، وقيل لأنها تقسم على الأولياء في الدم - واللوث - القرينة الدالة على حدوث أمر من الأمور دون دليل قاطع. النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ٢/٣١٩، ومعجم لغة الفقهاء ص٣٦٢ و٣٩٤.

(٤) في جميع النسخ: حاوي.

(٥) غير موجودة في النسخ أثبتناه لترابط الجمل.

(٦) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/٦٩ وما بعدها للشيخ عزالدين بن عبد السلام، طبعة دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.

وإقباض، والتزام، وإذن، وخلط، وملك، وتمليك، واختصاص.

النوع الأول: النقل: وهو ضربان: أحدهما: بعِوَض، والآخر: بغير عوض.

فالضرب الأول: النقل بعوض، وهو أقسام:

أحدها: البيع بأنواعه، ومتعلقاته، من الأركان، والشروط، والأحكام.

وثانيها: السلم، وحقيقته: بيع دين في الذمة بعين مقبوضة، أو بثمن في الذمة لكن مقبوض في المجلس.

وثالثها: الإجارة، وهي بيع المنافع المتجددة وقتاً معيناً بعوض معين.

ورابعها: المساقاة، والمزارعة التابعة لها، وهي في الحقيقة: التزام عمل بجزء شائع من الثمرة أو الزرع المعمول على تحصيله.

قال القاضي حسين[1] في عقد المساقاة: هو شبيه بعقود عدة، فمن حيث إنه التزام عمل في الذمة لا يبطل بموت العامل، شبيه بالسلم، ومن حيث إنه يجوز التفرق قبل القبض، شبيه ببيع العين، ومن حيث إنه معقود على عمل في شيء ببعض ما يخرج منه، شبيه بالقراض، ومن حيث إنه عقد لازم بعوض عن العمل يشترط فيه التأقيت، شبيه بالإجارة.

وخامسها: القراض، وهو تعاقد على التجارة بجزء شائع من الأرباح.

وسادسها: القرض، وهو بيع عين في مقابلة دين.

وسابعها: الجعالة، وهي بذل مال في مقابلة عمل مقصود.

وثامنها: الحَوالة، وهي مركبة من بيع وقبض[2].

وتاسعها: الصلح على فتح باب في الدرب الذي هو غير نافذ مع أهل الدرب على مال، وكذلك إجراء الماء على سطح الغير ونحوه.

---

(١) هو الإمام أبو علي حسين بن محمد بن أحمد المروزي، من أكبر أصحاب القفال، فقيه خراسان، من مصنفاته: «شرح على فروع ابن حداد» و«أسرار الفقه»، توفي سنة ٤٢٦هـ، مرآة الجنان لعبدالله بن أسعد بن علي اليافعي ٣/ ٨٥، الهند حيدر آباد ١٣٣٨هـ، وطبقات الأسنوي ١/ ٤٠٧.

(٢) في جميع النسخ: قرض، والصحيح ما أثبتناه، وهو ما جاء في قواعد الأحكام، وما يتناسب مع معنى الحوالة، فالحوالة هي: نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. معجم لغة الفقهاء ص١٨٧.

عاشرها: المقابلة، وحقيقتها: ترادٌّ بين العِوضين مع التمكن من إمضاء العقد.

والضرب الثاني: النقل بغير عوض، وهو الهبة بأنواعها من الهدية، والعُمرى[(١)]، والرُّقْبَى[(٢)]، وصدقة التطوع، ونحو ذلك، والوقف، والوصية للغير، وإعطاء الصدقات الواجبة لمستحقيها ـ إما من المالك أو الإمام ـ.

النوع الثاني: الإسقاط، وهو أيضاً ضربان:

الأول: بغير عوض، وهو الإبراء عما في الذمم من الأعيان والحقوق، وكذلك عن الأعيان التي في اليد إن قلنا: إنه تمليك.

والثاني: الإسقاط بالعوض، كالصلح عن الدين بالعين، والتقاصِّ بما في الذمتين عند تساوي الديون.

النوع الثالث: القبض، وهو ثلاثة أضرب:

الأول: قبض بمجرد إذن الشرع دون إذن المستحق، وهو أقسام:

أحدها: قبض اللقطة، وأخذ اللقيط وما معه من المال، حين يكون القابض أهلاً لذلك.

وثانيها: قبض المغصوب من الغاصب لمالكه، والولاة والحكام عند غيبة المالك.

وثالثها: قبض الإنسان حقه إذا ظفر بجنسه مما لا يقدر على خلاصه منه، أو بغير جنس حقه على قول[(٣)].

ورابعها: قبض الأولياء أموال المحجور عليهم، بالصغر، أو السفه. وكذلك قبض الحكام أموال هؤلاء، وأموال الغائبين، وحفظها عليهم.

---

(١) العمرى: هي الدار ونحوها لشخص مدة عمره. كأن يقول: «أعمرتك هذه الدار مثلاً، أو جعلتها لك عمرك، أو حياتك، أو ما عشت، أو ما حييت، أو ما يفيد هذا المعنى». الروضة ٥/ ٣٧٠، ومعجم لغة الفقهاء ص٣٢١.

(٢) الرقبى هي أن يقول: وهبت لك هذه الدار عمرك على أنك إن مت قبلي عادت إلي، وإن مت قبلك استقرت لك، أو جعلت هذه الدار لك رقبى. الروضة ٥/ ٣٧٠، ومعجم لغة الفقهاء ص٢٢٥.

(٣) وهو الأصح من قولي الشافعي، قياساً على ما لو ظفر له من جنس ماله، والقول الثاني: لا يأخذ، لأنه خلاف الجنس، ومن العلماء من قال: يتحرى قيمة ماله عليه ويأخذ مقدار ذلك، وقيل لا يأخذ إلا بحكم الحاكم. الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله بن أحمد القرطبي ٢/ ٢٣٧، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت، سنة ١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م.

والضرب الثاني: ما يتوقف جواز قبضه على إذن مالكه، أو مستحقه، كقبض الرهون، والهبات، والصدقات، والعواري، والمأخوذ بالسوم[1]، والودائع، وسائر الأمانات.

والضرب الثالث: قبض بغير إذن من الشرع، ولا من المستحق، سواء كان القابض عالماً بتحريمه، كالغاصب، أو جاهلاً بذلك ـ بأن يقبض مالاً يعتقده لنفسه وإذا هو لغيره ـ أو لا يكون القبض مقصوداً ـ كما لو طيرت الريح ثوباً إلى حِجْرِ إنسان ـ.

فكل[2] من هذه الأنواع الثلاثة مقتضٍ لضمان العين، والمنافع، والصفات وإنما تختلف بالإثم وعدمه.

النوع الرابع: **الإقباض** ـ وهو على ضربين:

الأول: أن يكون ممن عليه الحق ـ كإقباض المبيع، والموهوب، والمرهون، والمسلم فيه، وما أشبه ذلك ـ.

الثاني: أن لا يكون ممن عليه الحق، كبيع الحاكم مال المفلس، وإقباضه من له عليه دين، ثم الإقباض على أنواع كما تقدم.

النوع الخامس: **الالتزام من غير بدل**، وهو على ضربين:

الأول: التزام التوثيق في الأعيان، وهو الرهن.

والثاني: التزام في الذمة، فإما أن يكون من غير ضميمة إلى ذمة أخرى، وهو الإقرار، أو مع ضميمة، وهو الضمان[3] بأنواعه من ضمان الديون اللازمة، وضمان الدرك[4]، وضمان الوجه[5].

---

(١) السوم: (سام) البائع السلعة عرضها للبيع، و(سامها) المشتري، و(استامها) طلب شراءها، ومنه الحديث لا يسوم على سوم أخيه، أي لا يشتري، ويجوز حمله على البائع ـ وصورته أن يعرض رجل على المشتري سلعته بثمن، فيقول آخر: عندي مثلها بأقل من هذا الثمن، فيكون النهي عاماً في البائع والمشتري. المصباح المنير مادة (سوم) ص٢٩٧. ومعجم لغة الفقهاء ص٢٥٢.

(٢) جـ، ج وكل.

(٣) الضمان: شرعاً: هو التزام ما في ذمة الغير من المال. نهاية المحتاج ٤/ ٤١٨.

(٤) الدرك: هو أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً، ويضمن للبائع المبيع إن خرج الثمن مستحقاً بعد قبض المشتري له. نهاية المحتاج ٤٣٩، والنظم المستعذب ٢/ ٣٤٩، وشرح المنهج لزكريا الأنصاري بحاشية الجمل ٣/ ٣٧٩.

(٥) ضمان الوجه: ويسمى كفالة البدن: وهو التزام إحضار المكفول ببدنه، فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداء أو يستحق إحضاره، تجوز الكفالة ببدنه. الروضة ٤/ ٢٥٣. وقد =

النوع السادس: الخلط، وهو الشركة فيما تصح الشركة أو تتصور فيه.

النوع السابع: التملك، وهو على ثلاثة أضرب:

الأول: ما صدر عن إنشاء قولي غير ما تقدم من البيع وما معه، وهو أقسام:

أحدها: قبول الوصية، والهبة، والهدية، وغير ذلك.

وثانيها: الأخذ بالشفعة.

وثالثها: فسخ البيع، إما في زمن الخيار، أو بأحد الأسباب المثبتة للرد ـ كالعيب، والخلف، والتصرية، ونحوها ـ.

ورابعها: رجوع الواهب فيما وهب لولده.

وخامسها: رجوع البائع بالعين المبيعة، عند فلس المشتري، أو موته مفلساً.

الضرب الثاني: ما صدر عن إنشاء فعلي ـ كإحياء الموات، وأخذ الصيد، والمعادن، والكلأ، وسائر المباحات.

الضرب الثالث: ما جمع بين القولي والفعلي ـ كالغنيمة، فإنها تملك بالاستيلاء، والحيازة، واختيار التملك عند القسمة، وكاختيار التملك في اللقطة بعد التقاطها، والتعريف الشرعي بها.

النوع الثامن: الملك من غير فعل من أحد، وهو الإرث.

النوع التاسع: الإذن ـ وهو ضربان:

أحدهما: ما ترجع فائدته إلى المأذون إليه، كالعواري، وكذلك القرض إذا قيل: إنه لا يحتاج إلى القبول، فهو إذن في الإتلاف بشرط الضمان لكن الراجح خلافه.

وثانيهما: ما ترجع فائدته إلى الآذن، وهو التوكيل فيما يقبل الوكالة، وكذلك الوديعة، وهي إذن في القبض أيضاً.

النوع العاشر: الاختصاص، وهو ضربان:

الأول: اختصاص فيما يقبل الملك ـ كالجلد النجس قبل الدباغ، والكلاب، والعَذِرات[1] ونحوها.

= قدم المصنف هذا النوع (فجعله سابعاً) مع أنه حين ذكر الأقسام بشكل مجمل (ص١٩) ذكره تاسعاً.

(١) جمع عَذِرةٍ وهي: الغائط.

وثانيهما: اختصاص فيما يقبل الملك ـ كالاختصاص في إحياء الموات بالتحجر[1].

فهذه مجامع أنواع ربع المعاملات، وبقي منها أخذ غلة الوقف، وذلك إما أن يكون الوقف على معين، أو على جهة.

والأول: إما أن يتلقى من الواقف ابتداء، أو بواسطة، كما في البطن الثاني وما بعده.

والثاني: إما أن يكون بصفة مطلقة، كالفقر ونحو ذلك، أو في مقابلة عمل، كالتدريس، والإمامة، وما أشبه ذلك.

فالأول[2]: ينبني على أن الملك في الموقوف إلى من ينتقل؟ وعلى أن القبول هل يشترط في الوقف على معين؟ فإن قلنا: إن الملك ينتقل إلى الموقوف عليه، وإنه لا بد من قبوله، فهو من النوع السابع، وأما في البطن الثاني فيمكن أن نعد منه ضرباً زائداً على ما تقدم، لأنه لا يتوقف على قول أو فعل، ويحتمل أن يعد من النوع الثامن، لقربه من الإرث، لاسيما على القول بأن البطن الثاني يتلقى من البطن الأول، ويجوز أيضاً أن يعد هذا ضرباً ثانياً منه.

وكذلك الضرب الأول من الوقف على الجهة[3] - كالوقف على الهاشميين، والفقراء، فيقال في هذا النوع: إن الملك على ضربين: ضرب يحصل بمجرد التبرع لا لمعين، كالوقف على جهة، وضرب يحصل من غير فعل من أحد. وهو الإرث.

وأما ريع[4] الوقف على عمل معين، كالتدريس، مثلاً، فالملك فيه يحصل بفعل ما شرطه الواقف على الوجه المأذون فيه من التولية الشرعية. ورأيت بعض شيوخنا المحققين يلحق هذا بالعوض في الجعالة، ولا شك في أنه بذلك أشبهُ من غيره، والله أعلم.

---

(١) التحجر: تحديد الأرض بعلامات ظاهرة ـ كالحجارة أو غيرها ـ. مغني المحتاج ٢/ ٣٦٦.

(٢) أي ما وقف على معين.

(٣) يقصد ما كان بصفة مطلقة كما مثل له.

(٤) الريع: العود والرجوع. لسان العرب ١/ ١٢٦٧ مادة (ريع).

فصل

الحكم الشرعي ينقسم إلى قسمين: خطاب تكليف، وخطاب وضع، هذا هو الراجح الذي اختاره الآمدي[1][2]، وابن الحاجب[3][4]، وغيرهما من المحققين، وهو بناء على أن الحد الصحيح للحكم الشرعي هو: خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء، أو التخيير، أو الوضع[5]. و أو في هذا للتقسيم لا للترديد.

واختار فخرالدين[6][7]، وأتباعه، إسقاط ذكر الوضع منه. وردوا ذلك إلى أن الحاصل من خطاب الوضع، رجوعه إلى معنى الاقتضاء والتخيير - لأن معنى كون الشيء سبباً إيجاب الشيء عند ذلك، وكون الشيء شرطاً حرمة ذلك الشيء بدون الشرط، وكون الشيء مانعاً كذلك أيضاً، وهكذا سائر أنواعه.

ومنهم من منع تسمية هذه الأشياء الوصفية كلها أحكاماً، وقالوا: هي علامات للأحكام، ولوازمها ـ وهو ضعيف ـ إذ لا تخرج بذلك عن كونها حكماً مشروعاً، فلله في الزاني حكمان:

أحدهما: تحريم ذلك عليه.

---

(١) الآمدي: هو أبو الحسن علي بن محمد التغلبي الآمدي، تعلم في بغداد والشام، وانتقل إلى القاهرة فدرس فيها، له تصانيف منها: «الإحكام في أصول الأحكام» و«أبكار الأفكار» وغيرهما، توفي سنة ٦٣١هـ، طبقات الأسنوي ١/ ١٣٧، وشذرات الذهب ٥/ ١٤٤.

(٢) الإحكام في أصول الأحكام ١/ ١٣٧.

(٣) ابن الحاجب: هو العلامة جمال الدين أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، برع في العربية والأصول له مؤلفات منها: «مختصر في أصول الفقه» و«الشافية في الصرف» و«الكافية» في النحو، توفي سنة ٦٤٦هـ، العبر للذهبي ٥/ ١٨٩، وشذرات الذهب ٥/ ٢٣٤.

(٤) مختصر ابن الحاجب مطبوع مع شرح عضد الملة والدين مع حاشية السعد التفتازاني وحاشية الهروي ١/ ٢٢٥، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٩٣هـ- ١٩٧٣م.

(٥) مختصر ابن الحاجب ١/ ٢٢٠، وعرفه الآمدي في الإحكام ١/ ١٣٦: «اللفظ المتواضع عليه المقصود به إفهام من هو متهيىء لفهمه».

(٦) الرازي: هو محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين البكري الفخرالرازي الإمام المفسر، ومن مصنفاته: «مفاتيح الغيب» في تفسير القرآن الكريم و«المحصول» في علم الأصول وغيرهما، توفي سنة ٦٠٦هـ يوم عيد الفطر. طبقات الأسنوي ٢/ ٢٦٠، وشذرات الذهب ٥/ ٢١.

(٧) المحصول في علم أصول الفقه للرازي (١/ق١/١٠٧) تحقيق الدكتور طه جابر العلواني، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م.

والثاني: جعل زناه سبباً لوجوب إقامة الحد عليه.

وبهذا عرف أن الاقتضاء والتخيير غير متعلقين بهذه الأمور الوصفية. بل بما هي متعلقة به، فَنَصْبُ الشيء سبباً، وشرطاً، ومانعاً، غيرُ كون المسبب، والمشروط مطلوباً، أو ممنوعاً منه، أو مخيراً فيه. فالاقتضاء، والتخيير غير متوجهين إلى السبب، والشرط، وأمثالهما.

ومما يبين الفرق بينهما: أن خطاب التكليف لا بد فيه من علم المكلف وقدرته وشعوره به.

وأما خطاب الوضع، فمنه ما هو كذلك - كعقد البيع، والنكاح، وتعاطي الزنى، ونحوه - ومنه ما لا يشترط فيه ذلك - كما إذا مات قريب الإنسان وهو لا يشعر، فإن التركة تدخل في ملكه، وإن كان فيها من يعتق عليه عتق، وكذلك مطلق بالعذر وإن كان المطلق عليه غير عالم.

وكذلك يجب الضمان بإتلاف النائم، والمجنون، والمغمى عليه في أموالهم، وإن لم يكن ذلك بقصدهم ولا معلوماً لهم.

ولو رمى إلى صيد في ملكه فأصاب إنساناً ضمنه، وإن لم يُقَدْ به، بل ولا بتعاطيه، كإيجاب الدية على العاقلة[١].

وإذا تقرر انقسام الحكم الشرعي إلى هذين القسمين. فَلْنُشِر إلى أنواع كل منهما على وجه الاختصار.

أما خطاب التكليف فهو يتنوع إلى الأحكام الخمسة التي هي: الإيجاب، والتحريم، والندب، والكراهة، والإباحة، لأن الاقتضاء إما اقتضاء الفعل، أو اقتضاء الكف، وكل منهما، إما مع المنع من النقيض، أو لا مع المنع من النقيض.

فاقتضاء الفعل مع قيد المنع من الترك ـ هو الوجوب.

واقتضاؤه لا مع المنع من الترك ـ هو الندب.

واقتضاء الكف مع قيد المنع من الفعل ـ هو التحريم.

واقتضاؤه لا مع المنع من الفعل ـ هو الكراهة.

وأما التخيير بين الفعل، والترك ـ فهو الإباحة ـ وربما عبر عنه برفع الحرج عن الفعل والترك.

---

(١) عاقلةُ الرجلِ: عَصَبَتُهُ؛ وهم القرابة من جهة الأب الذين يشتركون في دفع ديته.

فَخَاصِّيَّةُ الواجب: الذم وترتب العقاب على الترك، والثواب عند قصد الامتثال، وإن لم يقصد الامتثال، وكان الفعل مما يفتقر إلى النية، لم يخرج عن العهدة[1] إلا بها كالصلاة، والصوم، وأمثالهما مما يأتي بيانه[2] إن شاء الله تعالى.

وإن لم يفتقر إلى النية ـ كأداء الديون، ورد المغصوب ـ خرج من العهدة بدونها، لكن لا يثاب إلا إذا قصد التقرب به.

وخاصية المندوب: الثواب على الفعل، وعدم الذم على الترك.

وخاصية الحرام: الذم وترتب العقاب على الفعل، ويخرج فيه عن العهدة بمجرد الترك، فإن كف نفسه، وقصد الامتثال، وإلا فلا.

وخاصية المكروه: أن لا يذم فاعله، وإذا كف نفسه عنه امتثالاً أثيب.

وخاصية المباح: أن لا يتعلق به ثواب، ولا ذم لذاته، إلا أن يقصد به التوصل إلى فعل طاعة، أو محرم، كمن يأكل يقصد التقوي على العبادة، أو على المعصية، وكذلك النوم وأمثاله، وهو ظاهر.

وأما القسم الثاني ـ وهو خطاب الوضع، وحقيقته: الخطاب الإنشائي المتعلق بأفعال المكلفين، لا بالاقتضاء والتخيير ـ فهو أنواع:

أولاً: الحكم على الوصف بكونه سبباً.

والسبب في اللغة: عبارة عما يمكن التوصل به إلى مقصود ما[3].

وفي الاصطلاح: كل وصف ظاهر منضبط، دلَّ الدليلُ السمعي على كونه معرفاً لإثبات حكم شرعي[4].

وحقيقته: ما يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم لذاته، فإن تخلف الحكم عند وجوده، فذلك إما لفقد شرط[5]، أو لوجود مانع[6]، وإن وجد الحكم عند عدمه، فذاك لأنه خلفه سبب آخر.

---

(١) العُهْدَةُ: التَّبِعَةُ.

(٢) ص(٣٩).

(٣) لسان العرب ٢/ ٧٩، ونص هذا التعريف في الأحكام للآمدي ١/ ١٨١.

(٤) الأحكام للآمدي ١/ ١٨١.

(٥) كما في الزكاة – فملك النصاب سبب لوجوب الزكاة، ولكن يشترط لذلك حولان الحول، فإذا تخلف هذا الشرط لم تجب الزكاة ـ.

(٦) كما في القتل العمد العدوان فهو سبب للقصاص، فإذا كان القاتل والد المقتول لم يترتب المسبب وهو (القصاص) على السبب وهو (القتل العمد العدوان) لوجود المانع وهو (الأبوة).

ثم السبب صنفان:

أحدهما الوقتي: وهو الوصف المعرف للحكم، غير مستلزم حكمةً باعثةً عليه[1]، كجعل زوال الشمس سبباً لوجوب الظهر، وطلوع الهلال سبباً لوجوب صوم رمضان في قوله تعالى: ﴿أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمْسِ﴾ [الإسراء: ٧٨]، وقوله ﷺ: «صوموا لرؤيته»[2].

وثانيهما: السبب المعنوي: وهو أن يكون الوصف في تعريفه للحكم مستلزماً لحكمة باعثة على شرعية الحكم المسبب، كالزنا فإنه سبب للعقوبة، والإنكار في سببيته للجلد، والملك في كونه سبباً للانتفاع، والإتلاف في أنه سبب الضمان، وما أشبه ذلك من الأسباب المعنوية.

والمستند في كون جميع ذلك أسباباً، إما ورود الشرع به منصوصاً عليه. وإما الحكمة الملازمة للوصف، مع اقتران الحكم بها في صوره. على ما هو مقرر في موضعه.

النوع الثاني: **الحكم على الوصف بأنه شرط**، وهو: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته[3] ـ كالطهارة بالنسبة إلى الصلاة، والحول بالنسبة إلى الزكاة ـ ، وهو ينقسم إلى: شرط السبب، وشرط الحكم.

فالأول: ما يكون عدمه مخلاً بحكمة السبب، كالقدرة على التسليم فإنها شرط البيع الصحيح الذي هو سبب ثبوت الملك المشتمل على مصلحة ـ وهي حاجة الانتفاع بالمبيع، وهي متوقفة على القدرة على التسليم ـ فكان عدمه مخلاً بحكمة المصلحة التي شرع لها البيع.

والثاني: ما اشتمل عدمه على حكمة تقتضي نقيض حكم السبب مع بقاء حكمة السبب، كالطهارة في باب الصلاة، فإن عدم الطهارة في حال القدرة عليها مع الإتيان بالصلاة يقتضي نقيض حكم الصلاة وهو العقاب، فإنه نقيض حصول الثواب.

النوع الثالث: **الحكم على الوصف بكونه مانعاً**، وهو ينقسم إلى مانع الحكم، ومانع السبب.

---

(١) الأحكام للآمدي ١/ ١٨١.

(٢) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢/ ١١٣، وصحيح مسلم بشرح النووي ٧/ ١٩٠ واللفظ لمسلم.

(٣) جمع الجوامع بحاشية البناني ٢/ ٢٠ لتاج الدين السبكي، الطبعة الثانية بمصر - مطبعة مصطفى البابي ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م.

فالأول: كل وصف وجودي ظاهر منضبط، مستلزم لحكمة مقتضاها بقاء نقيض حكم السبب مع بقاء حكمة السبب ـ كالأبوة في باب القصاص مع القتل العمد العدوان، لاشتمال الأبوة على ما يقتضي عدم القصاص الذي هو حكم القتل العمد العدوان، والحكمة التي اشتملت الأبوة عليها هي: كون الوالد سبباً لوجود الولد، وذلك يقتضي عدم القصاص. لئلا يصير الولد سبباً لعدمه.

وأما الثاني: فهو كل وصف وجودي يخل وجوده بحكمة السبب ـ كالدين في الزكاة مع ملك النصاب[1] عند من يقول بأنه يمنع الزكاة[2] ـ.

ثم الموانع الشرعية ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يمنع ابتداء الحكم واستمراره ـ كالرضاع يمنع صحة النكاح ابتداءً، ويقطعه دواماً ـ.

وثانيها: ما يمنعه ابتداءً، دون الدوام ـ كالعدة تمنع ابتداء النكاح لغير من هي منه، ولو طرأت على نكاح صحيح بوطء شبهة لم تقطعه ـ.

وثالثها: ما اختلف فيه ـ كالإحرام بالنسبة إلى ملك الصيد ـ.

ولهذه الأقسام أمثلة كثيرة يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى في موضعه.

فهذه الأقسام الثلاثة هي المتفق على كونها من خطاب الوضع عند القائلين به، وزاد الآمدي[3]، وغيره، أربعة أنواع أخر وهي: الصحة، والبطلان، والعزيمة، والرخصة، وسيأتي الكلام عليها في موضعها إن شاء الله تعالى، وزاد القرافي[4] نوعين آخرين هما: التقديرات الشرعية، والحِجاج.

أما الأول: فهو إعطاء الموجود حكم المعدوم، والمعدوم حكم الموجود.

فالأول: كالماء في حق المريض إذا خاف من استعماله فوات عضو، أو منفعته، فإنه يباح له التيمم، ويجعل الماء في حقه كالمعدوم.

---

(١) الأحكام للآمدي ١/ ١٨٥.

(٢) هل يمنع الدين الزكاة؟ فيه ثلاثة آراء: (الأول): وجوب الزكاة. (والثاني): لا تجب. (والثالث): منع الوجوب في الأموال الظاهرة دون الباطنة. المجموع ٥/ ٣٤٤.

(٣) الأحكام للآمدي ١/ ١٨٦ وما بعدها.

(٤) الفروق للقرافي ١/ ١٦١ طبعة عالم الكتب - بيروت، والبحر المحيط للزركشي ١/ ٣١١ الطبعة الأولى وزارة الأوقاف الكويتية ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م.

والثاني: كالمقتول تورث عنه الدية، وإنما تجب بموته ولا تورث عنه إلا إذا دخلت في ملكه، وبعد موته لا يصلح لدخول شيء في ملكه، فيقدر أنها دخلت في ملكه قبيل موته بالزمن الفرد حتى تنتقل إلى ورثته، ويقضى منها ديونه، فقدرنا المعدوم موجوداً للضرورة. وله أمثلة كثيرة سيأتي ذكرها إن شاء الله تعالى في موضعه.

وأما الحجاج: فهي التي يستند إليها القضاة في الأحكام، كالبينة، والإقرار، واليمين مع النكول أو مع الشاهد الواحد، فإذا أحضرت تلك الحجة عند القاضي، وجب عليه الحكم، وسيأتي ذكر ذلك، وهي في الحقيقة، راجعة إلى السبب، وليست مغايرة له.

فإذا عرف ذلك، فليعلم أنه قد يجتمع خطاب الوضع، وخطاب التكليف في ذات واحدة، وقد ينفرد خطاب الوضع في شيء واحد، ويكون ما يترتب عليه من خطاب التكليف في شيء آخر.

أما انفراد خطاب التكليف عن خطاب الوضع فقليل ـ كما سيأتي بيانه ـ إذ لا تكليف بشيء إلا وله سبب، أو شرط، أو مانع، أو هو سبب لغيره، أو شرط فيه، أو مانع من شيء آخر، إلا في صور تأتي الإشارة إليها.

مثال اجتماعهما: الإيمان والكفر، فالإيمان واجب، وهو سبب لعصمة الدم والمال، والكفر محرم، وهو سبب لاستباحتهما، والزنى والسرقة محرمان، وهما سببان للعقوبة المشروعة فيهما، والعقود مباحة، أو مندوبة في بعض الصور، وهي سبب لانتقال الأملاك، والوضوء. والستارة واجبان، وهما شرطان لصحة الصلاة، والإحرام واجب أو مندوب، وهو شرط لصحة الحجة والعمرة، ومانع من تعاطي المحظورات المحرمة فيه، ومن صحة النكاح إلى غير ذلك من الأحكام التي اجتمع فيها كل من الأمرين.

ومثال انفراد الخطاب الوضعي ـ زوال الشمس، وجميع أوقات الصلاة ـ فإنها أسباب لوجوبها، ولا يتعلق بنفس الوقت خطاب تكليفي، وكذلك رؤية الهلال في الصوم والفطر، ودوران الحول شرط في وجوب الزكاة، والحيض مانع من الصوم، والصلاة، وغيرِهما.

وضابط هذا القسم: ما لا يكون في قدرة المكلف تحصيله.

ومثال انفراد خطاب التكليف ـ الصوم، والحج، والزكاة ـ فإنها ليست أسباباً لشيء آخر، ولا شروطاً، ولا موانع، وكذلك تكفين الميت، ودفنه، والصلاة عليه، إلا أن يلحظ في ذلك أنها أسباب لبراءة الذمة، أو لسقوط الخطاب، وهو بعيد ـ لأن ذلك ليس هو المعني بخطاب الوضع في الاصطلاح.

نعم قد يكون الشيء أولاً من خطاب التكليف، وإذا وقع صار سبباً لشيء آخر ـ كالعدة، لأنها واجبة أولاً، ثم يصير التلبس بها مانعاً من صحة عقد النكاح فيها لأجنبي.

وبهذا تبين أن أبواب الفقه كلها: أربعة أقسام:

أحدها: ما اجتمع فيه خطاب التكليف، وخطاب الوضع جميعاً، من وجه واحد.

وثانيها: ما كان خطاب وضع فقط، ولا تكليف فيه.

وثالثها: ما كان خطاب تكليف، وليس سبباً لشيء آخر، ولا شرطاً فيه، ولا مانعاً.

ورابعها: ما كان من خطاب التكليف أولاً، ثم من خطاب الوضع بعد الوقوع، ونوضح ذلك بسرد الأبواب، مع بيان رجوع كل منها إلى أحد هذه الأقسام.

فأولها: الطهارة عن الحدث والخبث، وهي من القسم الأول كما تقدم. وأسباب الحدث الأصغر، والأكبر، ما كان منها مكتسباً، كاللمس، والجماع، فكذلك، وما لم يكن مكتسباً، كالحيض، والاحتلام فهو من القسم الثاني.

وأما الصلاة: فما كان منها فرض عين[1]، فهو من القسم الأول، لأنه سبب لعصمة الدم، وكذلك ما قيل بأنه فرض كفاية[2] ـ كالجماعة على الأظهر[3]، ونحو

---

(١) فرض العين: هو ما طلب الشارع فعله من كل فرد من أفراد المكلفين، بحيث إذا أداه البعض لم يسقط التكليف عن الباقين - كالصلاة، والصوم... إلخ - فواتح الرحموت لمحب الدين بن عبد الشكور بهامش المستصفى ١/ ٦٢، وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق في علم الأصول للشوكاني ص٦ طبعة دار الفكر.

(٢) وفرض الكفاية: هو ما طلب الشارع فعله من مجموع المكلفين، بحيث إذا أداه بعضهم سقط التكليف عن الباقين - كغسل الميت، والجهاد.. إلخ فواتح الرحموت لمحب الدين بن عبد الشكور بهامش المستصفى ١/ ٦٢، وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق في علم الأصول للشوكاني ص٦ طبعة دار الفكر.

(٣) وهو الذي نص عليه الشافعي رحمه الله في كتابه الإمامة - وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق وأبو العباس - وقال الشيخ أبو حامد وغيره: إنها سنة. وقال أبو بكر بن خزيمة وابن المنذر إنها =

الأذان[1]، وصلاة العيدين على قول[2]، لأن إقامة ذلك سبب لسقوط الفرض به عن الباقين، والكف عن القتال.

والتطوعات: كلها من القسم الثالث ـ إذ ليست أسباباً لشيء غيرها، ولا شروطاً، ولا موانع ـ وكذلك الزكوات كلها، والصيام، والحج على ما تقدم.

وأما كتاب الجنائز: فالغسل للميت من القسم الأول، لأنه شرط في صحة الصلاة عليه، وكذلك التكفين، والصلاة عليه، ودفنه، لأنها من فروض الكفايات على ما تقدم.

والاعتكاف: من الأول، لأنه مطلوب بالندبية، وهو سبب للامتناع عن الوطء.

والأضحية، والعقيقة: من القسم الرابع، لأنهما بعد الوقوع سبب في المنع من بيع اللحم، والجلد.

وكذلك الصيد: لأنه مباح، وهو سبب للملك.

والذبائح: من القسم الثاني، لأنها سبب في حل الأكل، وطهارته، أو شرط لهما.

وباب الأطعمة: من القسم الثالث، لأنها إما مباحة، أو مكروهة، أو محرمة، ويمكن أن يقال: إن الحرام منها من الرابع، لأنه سبب للتعزير.

وأما البيع بأنواعه: فهو من القسم الرابع، لأنه مباح، وقد يجيء فيه ما هو مندوب، أو واجب في بعض الصور، فإذا وقع صار سبباً للملك، وكذلك الرهن، وهو سبب لتعلق حق المرتهن. وكذلك: الحوالة، والضمان، والشركة، والوكالة، والشفعة، والإجارة، والمساقاة، والقراض، والجعالة، وكذلك الوصية، والهبة، والمسابقة، فإنها مندوب إليها، والعارية، والوديعة، فإنهما بعد الوقوع، سبب للحفظ، والضمان مطلقاً في العارية، وعند التفريط في الوديعة.

والالتقاط: إن كان للحفظ المجرد، كما في الموجود بأرض الحرم، فهو من القسم الثالث، وإن التقط بنية التملك، فهو من الرابع، لأنه بعد الأخذ سبب للتملك، وكذلك أخذ اللقيط، فإنه مندوب، أو واجب، وهو سبب للولاية عليه.

= فرض عين. المجموع ٤/ ١٨٤.

(١) قيل: في الأذان إنه سنة، وقيل: فرض كفاية، وقيل: فرض كفاية في الجمعة، سنة في غيرها. المجموع ٣/ ٨١.

(٢) وهو قول الإصطخري، بينما قول جمهور الفقهاء: إنها سنة. المجموع ٥/ ٣.

والفرائض: من القسم الثاني، لأنها تمليك محض بعد وقوع السبب، لا تكليف فيها.

وأما النكاح: فهو من القسم الأول، لأنه مأمور به في الجملة، وقد نصب من أوله سبباً لحل الاستمتاع، وغير ذلك، كوجوب النفقة، والكسوة، وكذلك الطلاق: إما مباح، أو مكروه، أو غيرهما، وهو منصوب سبباً للتحريم، وكذلك الصداق: لأنه سبب الملك، والرجعة كابتداء النكاح[1].

والإيلاء: من القسم الرابع، لأن أصل اليمين، إما مباحة، أو مكروهة، ثم بعد وقوعها تصير سبباً لما يترتب عليها.

وكذلك الظهار: لأنه منكر من القول وزور، وهو سبب التحريم.

والكفارة، واللعان، منه أيضاً، لأنه يترتب عليه بعد وقوعه، البينونة وسقوط الحد.

والرضاعة: من القسم الأول، لأنه منصوب من أوله سبباً للتحريم، وهو مباح، أو مندوب إليه، ويجب في بعض الصور.

وأما النفقات، والحضانة: فمن القسم الثالث لأنها تكليف محض، وقد تكون من القسم الرابع، من جهة أن النفقة سبب لملك الزوجة إياها، والحضانة سبب للحفظ، والتعهد.

وكذلك العِدَد: لأنها بعد التلبس بها، سبب لتحريم النكاح، وعدة الوفاة سبب للإحداد.

وكذلك الأيمان، والنذور: لأن كلاً منها مباح، أو مندوب إليه، أو مكروه، وكل منها سبب للإلزام.

والكفارة عند الحنث في اليمين، والتخيير في نذر اللجاج بين الكفارة والوفاء.

وأما الجهاد: فمن حيث هو من القسم الثالث، لأن الغنيمة ليست لازمة له، ومن حيث إنه فرض كفاية يسقط الحرج عن الباقين، من الأول ومن حيث إنه سبب لملك الغنيمة بعد وقوعه، من الرابع، ومنه أيضاً عقد الذمة، والهدنة: لأنهما بعد الوقوع سبب لأحكام كثيرة.

وأما أبواب الجراح: فأصل وقوع الفعل من القسم الأول، لأنه محرم، ونصبه

---

(١) أي إنها من القسم الأول.

الشارع سبباً لما يترتب عليه من القصاص والدية، وثبوت القصاص والدية: من القسم الثاني، كما في الإرث.

وأما الحدود كلها: فأصل الأفعال الموجبة لها من القسم الأول، كما تقدم، واستيفاؤها ممن وجبت عليه من القسم الثالث، لأنه تكليف محض.

والأقضية: من الثالث أيضاً، من حيث هي، ومن حيث كونها سبباً لما يترتب عليها بعد وقوعها تكون من القسم الرابع، وكذلك الشهادات أيضاً.

وأما العتق: فمن القسم الأول، لأنه مندوب إليه، وقد جعله الشارع سبباً للحرية، والاستقلال، وقد نصبه لذلك، وكذلك التدبير والكتابة.

وأما الاستيلاء[1]: فيظهر أنه من القسم الرابع، لأنه ينصب أولاً سبباً للحرية، وإنما إذا وقع ترتب ذلك عليه.

فهذا بيان تفصيل، لرد جميع أبواب الفقه إلى هذه الأقسام الأربعة، والله ولي التوفيق.

فصل

حكم القاضي أبو سعد ـ الهروي[2]، أن بعض أئمة الحنفيةبهراة[3]، بلغه أن الإمام أبا طاهر[4] الدباس ـ إمام الحنفية بما وراء النهر[5] ـ رد جميع مذهب أبي حنيفة[6]

---

(١) الاستيلاء: هو وطء الأمة المملوكة ابتغاء الولد منها. معجم لغة الفقهاء ص٦٧.

(٢) هو القاضي محمد بن أحمد بن يوسف الهروي المكنى بأبي سعد وقيل أبي سعيد، قتله الباطنية مع أبيه في جامع همدان، في شعبان سنة ٥١٨هـ، من مصنفاته شرح أدب القضاء لأبي عاصم العبادي واسمه «الأشراف في غوامض الحكومات». طبقات السبكي ٤/ ١٩٥، وطبقات الأسنوي ٢/ ٥١٩.

(٣) هراة ـ بفتح الهاء والراء ـ مدينة مهمة من مدن خراسان، قال ياقوت الحموي في وصفها: (لم أر بخراسان عند كوني بها في سنة ٦٩٧هـ مدينة أجل ولا أعظم ولا أفخم ولا أحسن ولا أكثر أهلاً منها. . . إلخ). معجم البلدان ٥/ ٣٩٦.

(٤) هو: محمد بن محمد بن سفيان أبو طاهر الدباس ـ إمام أهل الرأي بالعراق ـ كان يوصف بالحفظ ومعرفة الروايات، ولي القضاء في الشام، وخرج منها إلى مكة ومات بها. الفوائد البهية ص١٨٧.

(٥) هي: البلاد الواقعة ما وراء نهر جيحون بخراسان وهو من أنزه الأقاليم وأخصبها وأكثرها خيراً. معجم البلدان ٥/ ٤٥.

(٦) هو: الإمام النعمان بن ثابت أحد أئمة المذاهب الأربعة، توفي سنة ١٥٠هـ، تاريخ بغداد =

رحمه الله إلى سبع عشرة قاعدة. فسافر إليه[1]، وكان أبو طاهر ضريراً، وكان يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده، بعد أن يخرج الناس منه، فالتف الهروي بحصير، وخرج الناس، وأغلق أبو طاهر المسجد، وسرد من تلك القواعد سبعاً، فحصلت للهروي سعلة، فأحس به أبو طاهر فضربه، وأخرجه من المسجد، ثم لم يكررها فيه بعد ذلك، فرجع الهروي إلى أصحابه آيساً وأملى عليهم تلك السبع[2].

قال القاضي أبو سعد: فلما بلغ القاضي حسين المروزي[3] - أحد أئمة أصحابنا - ذلك. رد جميع مذهب الشافعي[4] رحمه الله إلى أربع قواعد.

الأولى: اليقين لا يزال بالشك، وأصل ذلك قوله ﷺ: «إن الشيطان ليأتي أحدكم وهو في صلاته، فيقول له: أحدثت، فلا ينصرفن حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً»[5].

والثانية: أنَّ المشقة تجلب التيسير، قال الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، وقال ﷺ: «بعثت بالحنفية السمحة»[6].

= ١٣/ ٣٢٧، ووفيات الأعيان ٢/ ١٦٣.

(١) يقصد أن أبا سعد الهروي سافر إلى أبي طاهر الدباس.

(٢) هذه القصة ذكرها السيوطي في الأشباه والنظائر ص٣٥، وقد يكون تابع المصنف فيها، وكذلك ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص١٥. والقصة فيها نظر، إذ كيف يصدر هذا التصرف عن مثل هذا العالم الجليل؟ وهل يجوز كتم العلم؟ وقد ورد في الحديث الشريف الذي رواه ابن ماجه ١/ ٩٧: (من سئل عن علم فكتمه، ألجم يوم القيامة بلجام من نار).

(٣) نسبة إلى مرو الروذ، والمرو: الحجارة البيض تقدح بها النار، والروذ: بالذال المعجمة بالفارسية النهر، وهي مدينة قريبة من مرو الشاهجان بينهما خمسة أيام. معجم البلدان ٥/ ١١٢.

(٤) هو: محمد بن إدريس بن العباس الشافعي، أحد أئمة المذاهب الأربعة، توفي سنة ٢٠٤هـ، طبقات السبكي ١/ ١٠٠، وتذكرة الحفاظ ١/ ٣٦١.

(٥) رواه الإمام أحمد عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه في مسنده (٣/ ١٢، ٣٧، ٥٠، ٥٣، ٩٦)، وابن ماجه مختصراً ١/ ١٧١، ومجمع الزوائد للهيتمي ١/ ٢٤٢، وكذلك في الجامع الصغير بشرح فيض القدير رقم الحديث (٢٠٢٧) ٢/ ٣٥٢. الطبعة الأولى ١٣٥٦هـ، وله أصل في الصحيحين: فقد جاء فيهما عن عبادة بن تميم عن عمه أنه شكا إلى رسول الله ﷺ الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، فقال: (لا ينصرفن حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً). صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١/ ٢٣٧، وصحيح مسلم بشرح النووي ٤/ ٥١.

(٦) أخرجه الإمام أحمد في المسند ٥/ ٢٦٦ و٦/ ١٦، ٢٢٣ من حديث ابن أبي الزياد عن أبيه. وقال السخاوي: إسناده حسن. المقاصد الحسنة ص١٠٩.

وتتمة الحديث: (من خالف سنتي فليس مني). قال المناوي: وفيه علي بن عمر الحربي أورده الذهبي في الضعفاء، وقال صدوق ضعفه البرقاني، وفي الحديث أيضاً، مسلم بن عبد ربه، =

والثالثة: **الضرر يزال**[1]، وأصلها قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[2].

والرابعة: **تحكيم العادة والرجوع إليها**، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»[3].

هذا ما حكاه القاضي أبو سعد عن القاضي حسين رحمهما الله.

وكان شيخنا إمام الأئمة ـ أبو المعالي ـ رحمه الله يقول: في كون هذه الأربع دعائم الفقه كله نظر، فإن غالبه لا يرجع إليها إلا بواسطة وتكلف.

ورأيت فيما عَلِقْتُ بالقاهرة عن بعض الفضلاء، أنه ضم إلى هذه القواعد الأربع، قاعدة خامسة وهي: **أنَّ الأمور بمقاصدها**[4]، لقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنية.. الحديث»[5] وهو حسن جداً[6]، فقد قال الإمام الشافعي رضي الله عنه: يدخل في هذا

= ضعفه الأزدي، ومن ثم أطلق العراقي ضعف سنده، ولكن له طرق ثلاث ليس يبعد أن لا ينزل عن درجة الحسن. فيض القدير للمناوي رقم الحديث (٣١٥٠) ٢/ ٢٠٣.

(١) في جميع النسخ وردت: المزال. وقد وردت القاعدة باللفظ الذي أثبتناه في كثير من كتب القواعد. منها: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٧، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٥.

(٢) رواه أبو داود في المراسيل ص٤٤ تحقيق د. يوسف مرعشلي – دار الكتب العلمية – بيروت ١٤٠٠هـ – ١٩٨٠م. وابن ماجه ٢/ ٤٤ رقم الحديث (٢٢٦٢)، وفي المسند للإمام أحمد ١/ ٣١٣، والمقاصد الحسنة ص٤٦٨، وفي جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص٢٦٦ طبعة مصطفى البابي.
وقال الحاكم: هذا الحديث صحيح الإسناد على شرط مسلم، ووافقه الذهبي على ذلك. المستدرك مع تلخيص الذهبي ٢/ ٥٧ للحاكم النيسابوري – طبعة دار الكتاب العربي – بيروت.

(٣) هو جزء من حديث موقوف على عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، رواه الإمام أحمد في مسنده ١/ ٣٧٩ من طريق عاصم عن زر بن حبيش ولفظه: (إن الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمد خير قلوب العباد فاصطفاه لنفسه فبعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد. فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه، فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيىء).
قال الحاكم في المستدرك ٣/ ٧٨: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ونصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ٤/ ١٣٣ للزيلعي الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ – ١٩٧٣م، وانظره أيضاً في: مجمع الزوائد ١/ ١٧٨، قال السخاوي في المقاصد الحسنة ص٣٦٧: هو موقوف حسن.

(٤) ذكر هذه القاعدة السيوطي في الأشباه والنظائر ص٣٧، وابن نجيم في الأشباه والنظائر ص٢٧.

(٥) ورد هذا الحديث بهذا اللفظ في صحيح مسلم بشرح النووي ١٣/ ٥٣، وكذلك الترمذي ٤/ ١٥٣، والنسائي ١/ ٥٨.

(٦) الحديث صحيح أخرجه البخاري، ومسلم وهو مشهور، قال السيوطي: أخرجه الأئمة الستة =

الحديث ثلث العلم[١].

فلنتكلمْ على هذه القواعد الخمس على وجه الاختصار لما يقتضيه المقام.

القاعدة الأولى: إن الأمور بمقاصدها.

وهو أن اعتبارها بحسب النية فيها - لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه سمع النبي ﷺ يقول: (إنما الأعمال بالنية ـ وفي رواية بالنيات[٢] ـ وإنما لكل امرىء ما نوى. فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله، فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها، أو امرأة ينكحها، فهجرته إلى ما هاجر إليها).

وهذا الحديث جليل أجمعت الأمة على صحته، وتلقته بالقبول[٣]، والكلام عليه مبسوط ليس هذا موضعه[٤].

وفي الجملة الأولى، مقدّر لا بد منه ليتم به الكلام، تقديره: إنما صحة الأعمال بالنيات، أو اعتبار الأعمال، ونحو ذلك.

وفي قوله ﷺ: «وإنما لكل امرىء ما نوى»، معنيان:

أحدهما: أن كل من نوى شيئاً حصل له.

والثاني: أن من لم ينو شيئاً لم يحصل له.

فيدخل في هذين، ما لا يحصى كَثْرَةً من مسائل الفقه، ويرجع إليه أكثر أبواب الفقه، على ما نشير إليه إن شاء الله تعالى.

= وغيرهم من حديث عمر بن الخطاب، والعجب أن مالكاً لم يخرجه في الموطأ، وأخرجه ابن أبي الأشعث في سننه من حديث علي بن أبي طالب، والدارقطني في غرائب مالك، وأبو نعيم في الحلية من حديث أبي سعيد الخدري.. وعند البيهقي في سننه من حديث أنس (لا عمل لمن لا نية له). الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٧.

(١) نقل معنى قول الشافعي هذا النووي في شرح مسلم ١٣/ ٥٣ ـ وهذا المعنى منقول أيضاً عن الإمام أحمد، وابن مهدي، وابن المديني، والدارقطني، وغيرهم. ووجهه البيهقي: بأن كسب العبد يقع بقلبه ولسانه وجوارحه، فالنية أحد أقسامها الثلاثة وأرجحها، لأنها قد تكون عبادة مستقلة، وغيرها يحتاج إليها. لذا ورد (نية المرء خير من عمله). المجموع ١/ ٣١١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٠.

(٢) وهي رواية صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١/ ٩، وابن ماجه ٢/ ١٤١٣، وأبي داود ٢/ ٢٦٩.

(٣) حكى إجماع الأمة وقبولها للحديث النوويُّ في شرح صحيح مسلم ١٣/ ٥٣.

(٤) راجع فتح الباري لابن حجر العسقلاني ١/ ١٠-١٨.

أما رَيْعُ العبادات بكماله: فلا ريب في اعتباره بالنية، فتعتبر في الوضوء، والغسل، والتيمم، والأغسال المسنونة، وكذلك في الصلوات جميعها، سواء كانت فرضَ عين، أو فرض كفاية، أو راتبة، أو سنة، أو نافلة مطلقة[١]، وكذلك في الزكوات، وصدقة التطوع، وفي فرض الصيام، ونفله، وفي الحج، والعمرة. وكذلك في الضحايا، والهدايا، والنذور، والكفارات. وكذلك في الجهاد، والعتق، والتدبير، والكتابة. بمعنى أن حصول الثواب في هذه الأربعة، يتوقف على قصد التقرب بها إلى الله تعالى، وكذلك فصل الحكم بين المتداعيين، والمتخاصمين، وإقامة الحدود على الجناة، وسائر ما يتعاطاه الحكام، وأولياء الأمر، وكذلك في تحمل الشهادات وأدائها.

بل يسري هذا المعنى إلى سائر المباحات، إذا قصد بها التقوي على العبادة، أو التوصل إليها، كالأكل، والنوم، واكتساب المال، وغير ذلك، وكذلك النكاح، والوطء فيه وفي الأمة إذا قصد به الإعفاف، أو تحصيل الولد الصالح، وتكثير الأمة.

فيندرج في هذا كله ما لا يحصى من المسائل لدخول ذلك كله تحت قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات».

وخرج بذلك[٢] التروك المجردة ـ كترك الزنى والسرقة، وسائر المعاصي ـ فإن مقصود الشارع يحصل بمجرد تركها، وإن لم يخطر بالبال.

ولهذا لم تشترط النية في إزالة النجاسة، لأنها بالتروك أشبه، بدليل أن الثوب المتنجس إذا وقع في ماء كثير من غير قصد، طهر.

وحكي وجه غريب[٣]، أن النية تشترط في ذلك، والصحيح الأول[٤].

نعم إذا نوى الغاسل للنجاسة بذلك القربة لأداء الصلوات، ونحو ذلك، حصل له الثواب، كما أن من خطر بباله المعصية فكف نفسه عنها لله تعالى، أثيب على ذلك، لأن الكف من جملة الأفعال.

وقد اختلف الأصحاب في أن النية ركن في العبادات، أو شرط؟ على وجهين:

---

(١) سيأتي الفرق بين الراتبة، والسنة، والنافلة في كلام المصنف.

(٢) بذلك: إشارة إلى حديث «إنما الأعمال بالنيات»، لأن في الحديث حصر في الأعمال والتروك المجردة ليست من الأعمال.

(٣) وينسب هذا الوجه إلى ابن سريج، وأبي سهيل الصعلوكي. المجموع / ٣٦١.

(٤) وإلى ذلك ذهب الجمهور. المجموع ١/ ٣٦١.

واختار الأكثر أنها ركن[1].

واختار القاضي أبو الطيب[2]، وابن الصباغ[3]، أنها شرط[4].

واختلف كلام الغزالي[5] فقال في الصلاة: هي بالشروط أشبه[6]، وعدها ركناً في الصوم[7].

واختلفوا في تفسير الركن، والشرط.

فقيل: هما بمعنى واحد، أي ما لا بد منه، إلا أن الشرط أعم، فكل ركن شرط، ولا ينعكس[8].

وقيل: يفترقان افتراق الخاصين.

فالشرط: ما يتقدم على العبادة، كالطهارة، وستر العورة.

---

(١) فتح العزيز للرافعي ٣/ ٢٥٥، والمجموع ٣/ ٢٧٧.

(٢) هو: طاهر بن عبد الله بن طاهر الطبري، سمع بجرجان وبغداد، ولي القضاء بربع الكرخ بعد الصيمري، اشتهر بالفقه والأصول، وأثنى عليه العلماء، شرح مختصر المزني، والفروع لابن الحداد وغيرها، توفي سنة ٤٥٠هـ. طبقات السبكي ٣/ ١٧٦، وطبقات الأسنوي ٢/ ١٥٧.

(٣) هو أبو نصر عبد السيد بن أبي طاهر محمد بن عبد الواحد البغدادي المعروف بابن الصباغ، كان ورعاً فقيهاً أصولياً محققاً، من مصنفاته: «الشامل» في الفقه، توفي سنة ٤٧٧هـ، طبقات السبكي ٣/ ٢٣٠، وطبقات الأسنوي ٢/ ١٣٠.

(٤) وبه قال الماوردي في الحاوي ٢/ ١١٦، وهو ما صححه ابن القاص، والقفال، وقال: هو المشهور، فتح العزيز ٣/ ٢٥٥.

(٥) هو: حجة الإسلام الإمام أبو حامد محمد بن محمد الطوسي الغزالي، طلب العلم وجد واجتهد حتى برع في المذهب، والأصول، والخلاف، والجدل، والمنطق، والفلسفة. وصنف في كل هذه العلوم. ومن مصنفاته: «المستصفى» في الأصول و«الوسيط، والوجيز، والبسيط» في الفقه و«إحياء علوم الدين» وغيرها. توفي سنة ٥٠٥هـ، طبقات السبكي ٤/ ١٠١، وطبقات الأسنوي ٢/ ٢٤٢.

(٦) قال في الوسيط: «النية بالشروط أشبه كاستقبال القبلة، والطهارة. ولو كانت ركناً لافتقرت إلى نية». الوسيط في المذهب للغزالي ٢/ ٥٩٢، تحقيق علي محيي الدين علي القره داغي الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

(٧) فتح العزيز ٣/ ٢٥٥، والمجموع ٣/ ٢٧٧.

(٨) فتح العزيز ٣/ ٢٥٤.

والركن: ما لا يتقدم عليها[١].

وأورد الرافعي[٢] على ذلك ترك الكلام، والأفعال الكثيرة في الصلاة[٣]، فإن ذلك شرط[٤] ولا يتقدم على الصلاة. فعلى هذا ينبغي أن تكون النية في الصوم شرطاً لتقدمها عليه، بل لا يصح مقارنتها لأول الصوم على الصحيح. وفي الصلاة هي ركن، إذ لا تصح فيها إلا مقارنة لأولها، وسيأتي الكلام على هذا الموضع بأبسط من هذا.

ويمكن أن يقال: كل ما كانت النية معتبرة في صحته، فهي ركن فيه، وما يصح بدونها، ولكن يتوقف حصول الثواب عليها ـ كالمباحات، والكف عن المعاصي ـ فنية التقرب شرط في الثواب.

فالغرض الأهم من النية: تمييز العبادات عن العادات، وتمييز رتب العبادات بعضها عن بعض.

أما الأول: فكالوضوء، والغسل - يتردد كل منهما بين أن يفعل تنظفاً، أو تبرداً، أو تداوياً، ونحو ذلك. وبين امتثال الأمر، فشرعت النية، لتميز ما يتقرب به عن غيره، وكذلك الإمساك عن المفطرات قد يكون للحمية، والتداوي، أو لعدم الحاجة إليه، فشرعت النية لتمييز ما هو عبادة منه عن غيره. وكذلك دفع الأموال إلى الغير، قد يكون ـ هبة، أو هدية، أو وديعة، أو صلة ـ لغرض دنيوي، وقد يكون للتقرب به إلى الله تعالى ـ كالزكوات، والصدقات، والكفارات ـ فلما تردد احتمال فعله، شرعت النية فيه للتمييز.

---

(١) فتح العزيز ٣/ ٢٥٤.
والمشهور أنهما يفترقان من جهة أن الركن داخل في الماهية، أما الشرط فخارج عنها، لذلك قيل: الشرط: ما وجب للصلاة، والركن: ما وجب فيها. حاشية الجمل ١/ ٣٣٨ طبعة دار إحياء التراث العربي.

(٢) هو: عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي، كان إماماً في الفقه، والتفسير، والحديث، والأصول، وغيرها، من مصنفاته فتح العزيز شرح الوجيز للغزالي، توفي بقزوين سنة ٦٢٣هـ، طبقات السبكي ٥/ ١١٩، وطبقات الأسنوي ١/ ٥٧١.

(٣) عبارة الرافعي في فتح العزيز ٣/ ٢٥٤: «فسر قوم الشرط بما يتقدم على الصلاة ـ كالطهارة وستر العورة ـ والأركان بما تشتمل عليه الصلاة، ويرد على هذا: ترك الكلام والفعل الكثير وسائر المفسدات فإنها لا تتقدم على الصلاة وهي معدودة من الشروط دون الأركان».

(٤) قال النووي في المجموع ٣/ ٥١٨: «والصواب أن هذه ليست بشروط، وإنما هي مبطلات الصلاة، ولا تسمى شروطاً، لا في اصطلاح أهل الأصول، ولا في اصطلاح الفقهاء، وإنَّ ما أطلقوا عليها في موضع اسم الشرط كان مجازاً لمشاركتها الشرط في عدم صحة الصلاة عند اختلاله. والله أعلم».

وكذلك ذبح الذبائح، لما كانت غالباً لتغذي الأبدان، شرعت النية في الضحايا والهدايا لتمييز القربة عن غيرها، فإن كانت العبادة غير ملتبسة بالعادة، لم تحتج إلى النية ـ كالإيمان، والعرفان، والخوف، والرجاء، وأمثال ذلك، لأنها متميزة لله عز وجل بصورتها. وكذلك التسبيح، وسائر الأذكار، والأذان، وتلاوة القرآن، لا يحتاج شيء منها إلى نية التقرب، بل إلى مجرد القصد له. ولهذا لما كان الركوع والسجود في الصلاة غير ملتبسين بغيرهما، لم يجب فيهما ذكر، بخلاف القيام والقعود في التشهد، فإن كلاً منهما ملتبس بالعادة فوجب في القيام القراءة، وفي القعود التشهد، ليتميز عن العادة.

وأما مثال تمييز رتب العبادات بعضها عن بعض، فكالصلاة تنقسم إلى فرض ونفل، والنفل ينقسم إلى راتب، وغير راتب. والفرض ينقسم إلى منذور وغيره، وغير المنذور ينقسم إلى ظهر، وعصر، ومغرب، وعشاء، وصبح، وإلى أداء وقضاء. فوجبت النية لتمييز كل رتبة فيها عن الأخرى، ولا تكفي مجرد نية القربة مطلقاً حتى تعين ما تتميز به الصلاة المفعولة عن غيرها. فلو نوى مطلق الراتبة، لم تكفه حتى يعينها بالإضافة إلى الصلاة التي شرعت تابعة لها. وكذلك في الكسوف، والاستسقاء، وصلاة العيدين، لا بد من إضافتها إلى أسبابها لتتميز رتبها. ولم يقع في شيء من ذلك خلاف، سوى التعرض لنية الأداء والقضاء.

ففيه أوجه أربعة[١]:

أحدها: أنه لا يشترط ذلك بل يصح كل منهما بنية الآخر ـ صححه الرافعي، ونقله عن الأكثرين[٢]، وتابعه النووي[٣][٤] ـ.

والثاني: أنهما يشترطان.

والثالث: يشترط نية القضاء دون الأداء.

---

(١) ذكر هذه الأوجه النووي في المجموع ٣/ ٢٧٩.

(٢) فتح العزيز ٣/ ٢٦٢.

(٣) هو: محيي الدين الإمام يحيى بن شرف الحزامي النووي. كان رأساً في المذهب، حافظاً للحديث، وفنونه، ورجاله، وصحيحه، وعليله، له مصنفات مشهورة منها: «شرح صحيح مسلم»، و«روضة الطالبين» اختصر فيها الشرح الكبير للرافعي و«المجموع شرح المهذب»، توفي سنة ٦٧٦هـ وقيل ٦٧٧هـ، طبقات السبكي ٥/ ١٩٥، وطبقات الأسنوي ٢/ ٤٧٦.

(٤) المجموع ٣/ ٢٧٩.

والرابع: إن كان عليه فائتة، اشترطت نية الأداء، وإلا فلا، وبه قطع الماوردي[(١)(٢)].

والذي اختاره إمام الحرمين[(٣)]: الوجه الثاني، طرداً لقاعدة الحكمة التي شرعت لها النية، لأن إقامة الفرض في وقته تخالف رتبة تدارك الفائت، فلا بد من التعارض في كل منهما للتمييز، وهذا متجه.

والقائلون بالأول، استشهدوا بنص الشافعي على أنه: لو اجتهد في يوم الغيم وصلى. ثم بان أنه صلى بعد الوقت أجزأه[(٤)]. وبأن الأسير إذا اشتبهت الشهور عليه، فصام شهراً بالاجتهاد، بنية الأداء، ثم تبين أنه صادف ما بعد رمضان، يجزئه[(٥)]. فصحح القضاء فيهما بنية الأداء.

وبهذا يظهر أن مرادهم بصحة كل منهما بنية الآخر: إنما هو فيما إذا اجتهد فغلط كما في هاتين الصورتين. وبهذا صرح النووي[(٦)]، لا أنه يصح ذلك مع التعمد والعلم بالحال، لأنه يكون متلاعباً. فالأوقات ليست قربة، ولا صفة للقربة، وإنما تذكر في النية لتميز المرتبة. وكذلك الأسباب أيضاً عندنا. فلو نوى الكفارة ولم يذكر سببها، أجزأه - لأن العتق في كفارة الظهار مثله في كفارة القتل، أو الجماع في رمضان، فإذا تميز عن التطوع به بنية الكفارة، كفى، بخلاف رتب الصلوات، فإنها مختلفة، ولذلك شرع في بعضها ما لم يشرع في الآخر - كالجهر، والإسرار، وغير ذلك -.

---

(١) هو: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري. تفقه ببغداد، وله مصنفات كثيرة منها: «الحاوي»، و«الإقناع» في الفقه، و«أدب الدنيا والدين»، و«الأحكام السلطانية» وغيرها. كان إماماً في الفقه، والأصول، والتفسير، بصيراً بالعربية، ولي قضاء بلدان كثيرة، توفي سنة ٤٥٠هـ. طبقات الأسنوي ٢/ ٣٨٧، شذرات الذهب ٣/ ٢٨٥.

(٢) الحاوي للماوردي ٢/ ١١٨، والمجموع ٣/ ٢٧٩.

(٣) هو: أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني، الملقب بإمام الحرمين، تفقه على والده، ورحل إلى بغداد فمكة ثم المدينة ثم نيسابور، أثنى عليه العلماء، صنف عدة كتب منها: «البرهان» في أصول الفقه، و«الغياثي»، و«النهاية» في الفقه، وغيرها. توفي سنة ٤٧٨هـ. طبقات الأسنوي ١/ ٤٠٩، وشذرات الذهب ٣/ ٣٥٨.

(٤) الأم للشافعي ١/ ٦٢ طبعة دار الشعب مصر.

(٥) مختصر المزني بهامش الأم ٢/ ٢٠ طبعة دار الشعب، وفتح العزيز ٣/ ٢٦٢، والمجموع ٣/ ٢٨٠.

(٦) قال النووي: (بل مرادهم: من نوى ذلك وهو جاهل الوقت لغيم ونحوه، كما في الصورتين السابقتين، عن القاضي أبي الطيب ونص الشافعي). المجموع ٣/ ٢٨٠.

قال البندنيجي[1]، والماوردي: العبادات ثلاثة أقسام[2]:

أحدها: ما يشترط فيه نية الفعل دون الوجوب والتعيين ـ وهو الطهارة، والحج، والعمرة ـ.

والثاني: ما يشترط فيه نية الفعل والوجوب دون التعيين ـ وهو الكفارات، والزكوات ـ.

والثالث: ما يشترط فيه نية الفعل والتعيين والوجوب ـ وهو الصلاة، والصوم ـ.

وقال الشيخ عزالدين بن عبد السلام رحمه الله تعالى: لو تساوت مقاصد الصلاة من كل وجه كما تساوت مقاصد العتق، لم تفتقر إلى تمييز بالنية، ثم تردد في صلاتي العيدين لتساويهما من كل الوجوه، واختار أنه لا يحتاج إلى أن تخصص بفطر أو أضحى[3]. وطرد ذلك إلى أنه لا يحتاج في صلاة الجمعة إلى أن ينوي الاقتداء كما يحتاج في غيرها، لأن الاقتداء شرط في صلاة الجمعة فلا يفرد بالنية كسائر الشروط والأركان[4]. فلم يكن ذكر الاقتداء فيها مميزاً لها عن غيرها.

قال: وإنما شرعت النية في التيمم وإن لم يكن ملتبساً بالعادة، لتمييز رتبه، فإن التيمم عن الحدث الأصغر غير التيمم عن الحدث الأكبر، وهما مختلفان[5]. وهكذا سائر الأمثلة مما يطول به الكلام.

ثم إن صفات النية، ووقتها، وكيفياتها ليس هذا موضع بسط القول فيه، وإنما يتصدى النظر هنا لفوائد:

أولها: أن المقصود الأعظم بالنية الإخلاص، لقوله تعالى: ﴿وَمَآ أُمِرُوٓاْ إِلَّا لِيَعۡبُدُواْ ٱللَّهَ مُخۡلِصِينَ لَهُ ٱلدِّينَ﴾ [البينة: ٥].

والإخلاص: إنما يكون بإفراد العبادة لله وحده، فلو شارك ذلك غرض آخر فله مأخذان:

---

(١) هو: القاضي أبو علي الحسن بن عبد الله البندنيجي، أكبر أصحاب الشيخ أبي حامد، كان فقيهاً غواصاً في حل المشكلات، حافظاً للمذهب، من تصانيفه التعليقة المشهورة المسماة «بالجامع» و«الذخيرة»، توفي سنة ٤٢٥هـ، طبقات السبكي ٣/ ١٣٣، وطبقات الأسنوي ١/ ١٩٣.

(٢) الحاوي ٢/ ١١٧، والمجموع ٣/ ٢٨٠.

(٣) قواعد الأحكام ١/ ١٧٨.

(٤) قواعد الأحكام ١/ ١٨١.

(٥) المصدر السابق ١/ ١٨٠.

أحدهما: بالنسبة إلى الإجزاء، وفيه صور:

إحداها: إذا نوى بوضوئه، أو غسله، رفع الحدث، والتبرد جميعاً، والأصح المنصوص أنه يصح ولا يضره ذلك، لأن التبرد حاصل نواه أو لم ينوه، فلا أثر لنيته تلك[1].

وثانيها: إذا نوى بصومه العبادة والحمية، أو التداوي، ونحوه، وفيه هذا الخلاف بعينه.

وثالثها: إذا طاف وضم إلى ذلك ملازمة غريم له، يطوف أو يسعى خلفه فيه أيضاً الخلاف. وهذا إذا نوى نفس الطواف الواجب، فإن لم يفرده بنية وقلنا لا يشترط ذلك في الحج والعمرة، فالأصح أنه لا يصح طوافه، لأنه إنما يصح بدون هذا التشريك لانسحاب حكم النية في أصل النسك عليه، فإذا قصد بطوافه ملازمة الغريم، كان ذلك صارفاً له إلى ذلك، ولم يبق للاندراج أثر.

ومثل هذا: إذا عزبت[2] نية رفع الحدث في أثناء الوضوء، ثم نوى التبرد، أو التنظيف. فإن الأصح أنه تنقطع نيته[3].

ورابعها: لو أحرم بالصلاة بنية الصلاة، والاشتغال بها عن غريم يطالبه. قال صاحب[4] الشامل[5]:

تصح صلاته[6]، ولم يحك فيه خلافاً، وفيه نظر!

---

(١) الأشباه والنظائر ص٦١. ومغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ١/ ٤٩.

(٢) عزبت: غابت. ومنه قوله تعالى: ﴿لَا يَعْزُبُ عَنْهُ مِثْقَالُ ذَرَّةٍ ۝﴾ [سبأ] أي لا يغيب عن علمه مثقال ذرة. لسان العرب ٢/ ٧٦٣ مادة (عزب).

(٣) المجموع ٣/ ٤٣٤.

(٤) هو: أبو نصر عبد السيد بن أبي طاهر المعروف بابن الصباغ، وقد تقدمت ترجمته ص٣٩.

(٥) هو: كتاب في فروع الشافعية، قال ابن خلكان: وهو من أجود كتب الشافعية، وأصحها نقلاً، وله شروح وتعليقات، منها شرح لأبي بكر محمد بن أحمد البغدادي الشاشي المتوفى سنة ٥٠٧هـ، في عشرين مجلداً سماه «الشافي» وبقي من إكماله نحو الخمس، وشرح لعثمان بن عبد الملك الكردي المتوفى سنة ٧٣٨هـ. والكتاب لا زال مخطوطاً يوجد منه الجزء الثالث والسادس في مجلدين برقم (١٣٩) دار الكتب المصرية، والجزء الثاني من نسخة أخرى به خروم برقم (١٩١) دار الكتب المصرية. كشف الظنون ٢/ ١٠٢٥. وفهرس دار الكتب قسم الفقه مذهب الشافعي.

(٦) المجموع ٣/ ٢٨٩.

وقد حكى الخراسانيون[1] وجهاً: أن من نوى بغسله عن الجنابة والجمعة جميعاً، لا يجزئه عن واحد منهما، فنية الصلاة إذا نوى معها قصد الاشتغال عن الغريم أولى بالبطلان.

وخامسها: ما حكاه النووي عن جماعة من الأصحاب، فيمن قال له إنسان: صل الظهر، ولك علي دينار، فصلاها بهذه النية، أنه تجزىء صلاته، ولا يستحق الدينار[2]، ولم يحك فيه خلافاً، وهي أشكل من التي قبلها.

وأما المأخذ الثاني: فهو ترتب الثواب على العبادة إذا شرك فيها غير قصد العبادة من أمر دنيوي، أو رياء.

والذي اختاره الغزالي اعتبار الباعث على العمل، فإن كان القصد الدنيوي هو الأغلب، لم يكن فيه أجر. وإن كان القصد الديني هو الأغلب كان له أجر بقدره، وإن تساويا تساقطا[3].

والذي اختاره ابن عبد السلام، أنه لا أجر فيه مطلقاً، سواء تساوى القصدان، أو اختلفا[4]. وبسط الكلام في ذلك ليس هذا موضعه.

وثانيها: تقدم[5] أن قوله ﷺ: «وإنما لكل امرىء ما نوى». يقتضي أن من نوى شيئاً لم يحصل له غيره، ومن لم ينو شيئاً لم يحصل، وهي قاعدة مطردة في جميع مسائل النية، لاسيما فيما نوى به النفل لا يتأدى به الفرض إلا في مسائل يسيرة خرجت عن هذه القاعدة.

منها: لو طاف ينوي به طواف الوداع أو نفلاً مطلقاً، وعليه طواف الإفاضة. انصرف طوافه إلى الفرض. وتأدى به قطعاً، حتى لو كان لا يشعر بأن عليه طواف الركن، بأن

---

(١) ونقسم علماء الشافعية في أسلوب البحث والاجتهاد والتنويع في القرن الرابع والخامس الهجريين إلى طريقتين: الأولى: طريقة العراق بزعامة ابن حامد أحمد بن محمد الإسفراييني المتوفى سنة ٤٠٦هـ. الثانية: طريقة خراسان أو المراوزة بزعامة الإمام أبي بكر عبد الله بن أحمد المعروف بالقفال المروزي المتوفي سنة ٢٦٤هـ. وتلميذه القاضي حسين المروزي المتوفى سنة ٤٦٢هـ. انظر هامش مختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي لابن خطيب الدهشه ١/ ٢٤٢ وهامش أدب القضاء ١/ ٢٤٩.

(٢) المجموع ٣/ ٢٨٩.

(٣) إحياء علوم الدين ٣/ ٢٩٤.

(٤) قواعد الأحكام ١/ ١٨٨.

(٥) ص(٤١).

كان طاف له يظن الطهارة. ثم تطهر وطاف نفلاً. ثم تبين أنه كان حالة الطواف الأول محدثاً. أجزأه الثاني عنه، وذلك لقوة الحج. كما إذا أحرم بنفل الحج أو العمرة وعليه الفرض. انصرف إليه. وكذلك لو أحرم عن الغير بعد ما حج عن نفسه، ثم نذر حجاً قبل الوقوف. انصرف إلى النذر على الأظهر، إلى غير ذلك من المسائل في الحج والعمرة.

ومنها: لو جلس في التشهد الأخير وهو يظنه الأول ثم تذكر. أجزأه ذلك عن الأخير، حكاه الرافعي، ولم يحك فيه خلافاً[1].

ومنها: لو ترك سجدة من الصلاة ناسياً وقام، ثم تذكر ذلك وهو قائم فرجع إلى تداركها. وكان قد جلس عقيب السجدة الأولى جلسة نوى بها الاستراحة، فهل يجزئه عن الجلسة الواجبة بين السجدتين؟

فيه وجهان[2]:

الأصح: أنها تجزئه. لأنها جلسة وقعت في موضعها، وقد سبقت نية الصلاة المشتملة عليها وعلى غيرها.

وبهذا أيضاً توجه المسألة التي قبلها، بخلاف ما إذا قرأ هذا التارك في قيامه آية سجدة فسجد لها، فإنها لا تجزئه عن السجدة المنسية على الصحيح، وهو الذي نقله الشيخ أبو حامد[3] عن النص، لأن هذه السجدة عن التلاوة لم تشملها نية الصلاة، وفيه وجه، وهو ضعيف[4].

ومنها: إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث، فلا يلزمه الوضوء، بل يستحب له، فلو توضأ احتياطاً، ثم تيقن أنه كان محدثاً، فيه وجهان:

أصحهما: أنه لا يجزئه ذلك عن الحدث، لأنه توضأ متردداً في النية غير جازم بها من غير ضرورة، فهو كما لو شك هل عليه فائتة ظهر أم لا؟ فصلاها على ذلك، ثم تبين له أنها كانت عليه لا يجزئه قطعاً، لم يحكوا فيه خلافاً، وقولنا: «من غير ضرورة» احترازاً مما إذا نسي صلاة من الخمس، ولم يعرف عينها، فإنه يصلي الخمس وتبرأ ذمته. واغتفر عدم جزم النية في كل واحدة مها للضرورة، وعدم الجزم بالنية في

(١) فتح العزيز ٤/ ١٥٠.
(٢) فتح العزيز ٤/ ١٤٨، والمجموع ٤/ ١١٧.
(٣) يقصد الشيخ أبا حامد الإسفراييني.
(٤) المجموع ٤/ ١١٧.

الوضوء إنما جاء من جهة استصحاب يقين الطهارة، بخلاف ما إذا كان محدثاً فشك هل توضأ أم لا؟ فتوضأ احتياطاً ثم تبين أنه كان محدثاً، فإنه يصح وضوؤه بلا خلاف، لأن الأصل بقاء الحدث. فلم يكن للتردد هاهنا تأثير.

أما لو نوى بوضوئه التجديد سهواً، وهو يظن الطهارة، وكان محدثاً، فإنه لا يجزئه، لأنه لم ينو رفع حدث أصلاً، ولا استند إلى استصحاب صحيح.

وقالوا فيمن أغفل في وضوئه لُمْعَةً[١] ثم غسلها في وضوء نوى به التجديد: فيه وجهان:

والأصح: أنه لا يجزئه ذلك عن الفرض، بخلاف ما إذا أغفل اللمعة في الغسلة الأولى، ثم غسلها في الثانية، أو الثالثة، بنية النفل، فإن الأصح هنا ارتفاع الحدث بذلك.

والفرق بينهما أن المتوضىء في مسألة التجديد لم ينو بوضوئه شيئاً من الفرض، وإنما نوى به كله النفل فلم يتأد الواجب به، وفي الصورة الثانية، نوى الفرض والنفل جميعاً، ومقتضى نيته أنه لا يقع شيء عن النفل حتى يرتفع الحدث بالفرض.

وأيضاً فالتجديد، طهارة مستقلة، بخلاف الغسلة الثانية، والثالثة مع الأولى، فإن الكل في عبادة واحدة.

ومنها: إذا غسل شيئاً من وجهه مع المضمضة أو الاستنشاق. قال صاحب[٢] التتمة[٣]: يجزئه غسل ذلك عن المغسول، ولا يجب إعادته ثانياً، إذا صححنا النية، يعني نية رفع الحدث المتقدمة. وإن كان قد نوى به السنة، وكذلك أشار إليه الغزالي في البسيط[٤]. وهذا فيما إذا عزبت

---

(١) اللمعة: بقعة من الجلد لم يصبها الماء عند الوضوء أو الغسل. معجم لغة الفقهاء ص٣٩٤.

(٢) هو: أبو سعيد عبد الرحمن بن مأمون النيسابوري المتولي، تفقه على الفوراني، والقاضي حسين. وبرع في الفقه، والأصول، له تصانيف منها: «التتمة»، و«الخلاف»، ومختصر في الفرائض. توفي سنة ٤٧٨هـ ببغداد. طبقات الأسنوي ١/ ٣٠٥، وشذرات الذهب ٣/ ٣٥٨.

(٣) التتمة: كتاب للمتولي كتبه تعليقاً على كتاب «الإبانة» لشيخه الفوراني المتوفى سنة ٤٦١هـ. وصاحب التتمة كتبها إلى الحدود وجمع فيها من نوادر المسائل وغرائبها ما لا يكاد يوجد في غيرها. كشف الظنون ١/ ١.

(٤) البسيط: كتاب في فروع الشافعية مع التطرق إلى آراء الأئمة الثلاثة وهو مختصر لكتاب إمام الحرمين (نهاية المطلب). وقد اختصر الوجيز، والوسيط منه، الموجود منه مجلد به خرم في دار الكتب المصرية تحت رقم (٢٧)، والجزء الأخير من نسخة أخرى منه مخطوط في الدار تحت رقم (٣٢٣). كشف الظنون ٢/ ٢٠٠٨، وهامش كتاب أدب القضاة لابن أبي الدم (٢١١)، تحقيق د. محيي هلال السرحان - مطبعة الإرشاد - بغداد الطبعة الاولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م. والقسم الدراسي للوسيط تحقيق د. علي القره داغي ١/ ٢٠٥-٢٠٦.

نيته[1] قبل غسل الوجه[2].

وقال صاحب[3] التهذيب[4]: لا يجزئه، لأنه لم يغسله عن الفرض.

ومنها: إذا قام في الصلاة الرباعية إلى ثالثة، ثم ظن في نفسه أنه سَلَّمَ، وأن الذي يأتي به الآن صلاة نفل، ثم ذكر الحال. لم أر هذه المسألة بعينها فيما وقفت عليه. والظاهر أن ذلك يجزئه عن الفرض، كما في مسألة التشهدين المتقدمة. ويحتمل أن يجيء فيه خلاف، لأن التشهدين جميعاً من صلاة واحدة في نيته، وهنا لما نوى بها صلاة النفل، وهي أجنبية عن صلاة الفرض أشبه تجديد الوضوء، أو غسل اللمعة في الثانية والثالثة.

وقد ذكر المالكية لهم في هذه المسألة قولين[5]، وكذلك فيمن سلم من الركعتين سهواً. ثم قام فصلى ركعتين بنية النفل. هل تتم صلاته الأولى بذلك؟

وفيمن نسي سجدة من صلب الصلاة، ثم قام إلى ركعة خامسة سهواً، هل تجزئه السجدة منها عما نسي؟

هكذا ذكر القرافي الخلاف في هذه المسائل الثلاث[6]، ولا شك في أن الإجزاء في الصورة الثانية أبعد من الأولى.

وأما الثالثة: فهي منقولة عن الشافعية، لأن النووي نقل أنه لو نوى المسافر القصر فصلى أربع ركعات ناسياً، ونسي من كل ركعة سجدة، حصلت له ركعتان[7]، فهي

---

(١) إلى هنا مقدار الساقط من ج، وذلك من قوله (ما يشترط فيه نية الفعل والتعيين) في ص(٤٨) إلى قوله (إذا عزبت نيته).

(٢) الوسيط ١/ ٣٦٢.

(٣) هو: الحسين بن مسعود البغوي، المحدث، المفسر، الفقيه، محيي السنة من علماء خراسان، من تصانيفه: «شرح السنة» في الحديث، و«معالم التنزيل» في التفسير، و«التهذيب» في فقه الشافعي. توفي سنة ٥١٦هـ وقيل ٥١٠ هـ. طبقات الأسنوي ١/ ٢٠٦، وشذرات الذهب ٤/ ٤٨.

(٤) التهذيب: كتاب في فروع الشافعية للبغوي، لخصه من تعليق القاضي حسين وزاد فيه ونقص، ثم لخصه الإمام حسين بن محمد المروزي وسماه «لباب التهذيب». كشف الظنون ١/ ٥١٧.

(٥) يقول القرافي: (إذا نسي لمعة من الغسلة الأولى في وضوئه، وكان غسلها بنية الفرض هل تجزئه إذا غسل الثانية بنية السنة؟ قولان في المذهب، ومقتضاه عدم الإجزاء كالتجديد) الفروق ٢/ ٢٠.

(٦) الفروق ٢/ ٢٠.

(٧) المجموع ٤/ ١٦٢.

جارية على مذهبنا، لأنا نكمل سجدات الركعة التي نسي منها بسجدة من الركعة التي بعدها، ولا يعتد بما بينهما، فحينئذ تكمل صلاته بالركعة الخامسة، ولا تبطل بما زيد على وجه السهو.

وثالثها: تقدم[١] أن النية معناها القصد، وذلك لا يؤثر إلا إذا كان جازماً بالمقصود بصفته الخاصة، وإلا لم يكن قصداً، فلو كان شاكاً في وجود شرط ذلك الفعل، أو علق النية على شرط لم يصح له المنوي.

نعم، لو كان جازماً بالوجوب ناسياً صفته، كمن تحقق عليه صوم، ولم يدر أنه من قضاء رمضان، أو نذر، أو كفارة، فقد حكى صاحب[٢] البيان[٣] عن الصيمري[٤]: أنه يصح إذا نوى الصوم الواجب عليه، قياساً على من نسي صلاة من الخمس، ولم يعرف عينها، وصلى الخمس، فإنه يعذر في عدم جزم النية للضرورة[٥].

ثم في عدم الجزم بالنية صور:

إحداها: أن يقول أصوم غداً إن شاء الله تعالى، وفيه ثلاثة أوجه:

الصحة مطلقاً، ويعزى إلى القاضي أبي الطيب[٦].

---

(١) ص(٤٨).

(٢) هو: أبو الخير يحيى بن أبي الخير سالم العمراني اليماني شيخ الشافعية ببلاد اليمن، وكان عارفاً بالفقه، وأصول الكلام، والنحو، وله مصنفات منها: البيان، والزوائد، وغيرها، توفي سنة ٥٥٨هـ.
تهذيب الأسماء واللغات للنووي ٢/ ٢٧٨ طبعة مصر، وطبقات فقهاء اليمن لابن سمرة تحقيق فؤاد سيد ـ طبعة القاهرة ص١٨٦.

(٣) هو: كتاب في الفقه، مكث في تأليفه ست سنين وهو من عشر مجلدات. كشف الظنون ١/ ٢٦٤.
وتوجد منه نسخة مخطوطة في دار الكتب المصرية رقم ٢٥ انظر هامش المختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي ١/ ٢٣٦.

(٤) هو: القاضي أبو القاسم عبد الواحد بن حسين بن محمد الصيمري، نسبة إلى الصيمر، وهو نهر من أنهار البصرة عليه عدة قرى، وقيل الصيمري نسبة إلى بلد بين ديار الجبل وخوزستان، سكن البصرة، وارتحل الناس إليه من البلاد، وكان حافظاً للمذهب. له مصنفات منها: الإيضاح، والكفاية، توفي سنة ٣٨٦هـ، تهذيب الأسماء واللغات ٢/ ٢٦٥، وطبقات الأسنوي ٢/ ١٢٧، ومعجم البلدان ٥/ ٤٠٦.

(٥) المجموع ٦/ ٢٩٩-٣٠٠.

(٦) وذلك لأن الأمور بمشيئة الله تعالى.

والبطلان مطلقاً، وهو قول الصيمري[1].

والثالث: وهو الأصح، إن قصد الشك أو تعليق الصوم لم يصح، وإن قصد التبرك أو تعليق الحياة على مشيئة الله تعالى وتمكنه صح[2].

الثانية: إذا نوت الحائض الصوم بالليل قبل انقطاع دمها، ثم انقطع قبل الفجر، فإن كانت مبتدأة وقد تم لها أكثر الحيض، أو معتادة وعادتها أكثره، وهو ينتهي قبل الفجر، صحت نيتها، بلا خلاف.

فإن كانت لها عادات مختلفة، أو لم تكن لها عادة، ولا يتم لها أكثر الحيض قبل الفجر، لم تصح النية بلا خلاف.

وإن كانت عادتها مستمرة بمقدار دون أكثر الحيض، وكانت مدتها تتم قبل طلوع الفجر وجهان[3]: أصحهما: أنه تصح نيتها، لأن الظاهر استمرار عادتها.

الثالثة: إذا نذر صوم اليوم الذي يقدم فيه فلان، ثم تبين له من الليل أنه يقدم غداً[4]، فنوى الصوم، وقدم ذاك من الغد، فوجهان: أصحهما: أيضاً الإجزاء، لأنه بنى الصوم على أصل مضنون.

الرابعة: إذا نوى ليلة الثلاثين من شعبان صوم غد إن كان من رمضان، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعتقد كون ذلك من رمضان، مستنداً فيه إلى قول من يثق به ممن لا يثبت بقوله، كالنساء والعبيد، فيجزم بالنية لذلك، ثم تبين كونه من رمضان، فيجزئه ذلك، كما لو أخبره أحد هؤلاء بدخول وقت الصلاة. فإن قال في هذه الحالة: أصوم غداً إن كان من رمضان، فإن لم يكن منه فتطوع، لم يصح صومه على ظاهر النص وإن بان أنه من رمضان، وفيه وجه[5] أنه يصح.

ورأي إمام الحرمين طرد هذا الخلاف في حالة الجزم أيضاً[6].

---

(١) لأن الاستثناء يبطل حكم ما اتصل به.

(٢) وينسب هذا الرأي إلى ابن الصباغ، وصححه النووي. المجموع ٦/ ٢٩٩.

(٣) المجموع ٦/ ٢٩٨.

(٤) كأن أرسل رسولاً أو رسالة.

(٥) ينسب هذا الوجه إلى المزني. فتح العزيز ٦/ ٣٣٠، والمجموع ٦/ ٢٩٦.

(٦) فتح العزيز ٦/ ٣٣٠، والمجموع ٦/ ٢٩٦.

وإن كان مستنده في الجزم بكون غدٍ من رمضان دلالة الحساب في ذلك، أو الاعتماد على قول من يعرف ذلك، أجرى الغزالي فيه الخلاف المتقدم، فيما إذا أخبره من يثق به.

وحكى الشيخ أبو حامد فيه وجهين: أنه يجزء عن رمضان إذا تبين كونه منه[١]، وظاهر كلامه ترجيح عدم الإجزاء، وألحقه النووي بما إذا جزم في الصورة الأولى[٢].

واعترض عليه في كل ذلك، بأن هذا يوم شك، وقد قال فيه: إنه لا يصح صومه عن رمضان، ويصح عن قضاء أو نذر أو كفارة[٣]، ويحرم أن يصوم فيه تطوعاً لا سبب له[٤]، فإن صام، لم يصح على الأصح[٥].

القسم الثاني: أن يعتقد كون ذلك من رمضان، غير مستند إلى أصل أبداً، فيجزم بنية الصوم عنه، فلا أثر لهذا الاعتقاد، ولا يجزئه، وإن تبين أنه من رمضان بالاتفاق[٦]. فإن لم يتبين، واستمر كونه من شعبان، وكان قد ردد النية، فقال: أصوم غداً إن كان من رمضان، وإلا فتطوع.

قال في التتمة: يصح صومه عن النفل، لأن الأصل بقاء شعبان[٧].

وأجرى ابن الرفعة[٨] فيه خلافاً، وذلك إذا لم يقل بأن النفل المبتدأ بعد نصف

---

(١) وهو رأي القاضي أبي الطيب، وابن سريج، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للقفال ٣/ ١٧٩ تحقيق الدكتور ياسين أحمد إبراهيم الطبعة الأولى ١٩٨٨، والمجموع ٦/ ٢٧٩.

(٢) المجموع ٦/ ٢٧٩.

(٣) وهل يكره أم لا؟ فيه وجهان:
أحدهما: يكره، وبه قال أبو الطيب، ونقله صاحب الحاوي عن الشافعي.
والآخر: لا يكره، وهو رأي الجمهور، وهو الأصوب، لأنه إذا جاز أن يصوم فيه تطوعاً له سب، فالفرض أولى. المجموع ٦/ ٤٠٠.

(٤) لما روي عن عمار رضي الله عنه أنه قال: «من صام اليوم الذي يشك فيه، فقد عصى أبا القاسم ﷺ». رواه أبو داود في سننه ٢/ ٣١٠ رقم الحديث (٢٣٣٤)، والترمذي في الجامع الصحيح ٣/ ٧٠، وقال: حديث حسن صحيح.

(٥) إلا أن يوافق عادة له، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «لا يتقدمن أحدكم رمضان بيوم أو يومين إلا أن يكون رجل كان يصوم صومه فليصم ذلك اليوم». صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٤/ ١٢٨، والمجموع ٦/ ٤٠٠.

(٦) المجموع ٦/ ٢٩٦.

(٧) لكنه آثم في صومه هذا، إلا أن يوافق عادة له، لأن صيام يوم الشك حرام.

(٨) هو: أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن مرتفع الأنصاري الشهير بابن الرفعة، شيخ =

شعبان، لا يصح[1]، وهو ظاهر.

القسم الثالث: أن لا يجزم، ولا يستند إلى أصل، بل يقول: أصوم غداً إن كان من رمضان، فإن لم يكن منه فتطوع. فبان أنه من رمضان، فلا يقع صومه عن رمضان، لأنه لم يصمه على أنه فرض، ولم يستند إلى ظن أو استصحاب.

وقال المزني[2]: يقع عن رمضان إذا بان أنه منه[3]، كما إذا قال: هذا زكاة مالي الغائب إن كان سالماً، وإلا فهو تطوع، فبان سالماً يجزئه[4]. وفرق الأصحاب بينهما: بأن الأصل هنا سلامة المال، فله استصحاب ذلك، ونظيره أن ينوي مثل هذا ليلة الثلاثين من رمضان فإنه يصح، لأن الأصل بقاء رمضان.

وفي المسألة الأولى الأصل بقاء شعبان، أما إذا لم يردد نيته في هذه الصورة، بل جزم بنية الصوم عن رمضان، فالمذهب أنه لا يصح، وإن تبين كونه من رمضان[5].

وحكى الإمام[6]، وجهاً عن صاحب[7] التقريب[8]:

= الإسلام، وحامل لواء الشافعية في زمانه، من مصنفاته: الكفاية في شرح التنبيه، والمطلب في شرح الوسيط، توفي سنة ٧١٠هـ، طبقات الأسنوي ١/ ٦٠١، والبدر الطالع ١/ ١١٥.

(١) لما روى أبو هريرة رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «إذا انتصف شعبان فلا صيام حتى يكون رمضان». رواه ابن ماجه ١/ ٥٢٨، وأبو داود في سننه ٢/ ٣١٠، والترمذي ٣/ ١١٥ وقال عنه: حديث حسن صحيح.

(٢) هو: أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني، من كبار أصحاب الشافعي، كان إماماً ورعاً، زاهداً، مجاب الدعوة، له مصنفات منها: المبسوط، والمختصر، والمنثور، وغيرهما. توفي سنة ٢٦٤هـ. طبقات الأسنوي ١/ ٣٤، والنجوم الزاهرة ٣/ ٣٩.

(٣) لم أجد هذا الرأي للمزني، بل عبارة المزني هي: «ولو نوى أن يصوم غداً فإن كان أول الشهر، فهو فرض، وإلا فهو تطوع، فإن بان له أنه من رمضان لم يجزئه، لأنه لم يصمه على أنه فرض، وإنما صامه على الشك». مختصر المزني مطبوع مع الأم للشافعي ٨/ ١٥٢. وإنما هو رأي نسبه النووي للمزني. المجموع ٦/ ٢٩٦.

(٤) مختصر المزني مع الأم ٨/ ١٤٠.

(٥) المجموع ٦/ ٢٩٦.

(٦) هو: إمام الحرمين الجويني.

(٧) هو: القاسم بن محمد بن علي بن إسماعيل بن القفال الكبير الشاشي، كان إماماً جليلاً، توفي في حدود سنة ٤٠٠هـ. طبقات الأسنوي ١/ ٣٠٣، كشف الظنون ١/ ٤٦٦.

(٨) التقريب هو: كتاب للشيخ قاسم بن محمد من أجل كتب الشافعية، بحيث يستغني من هو عنده غالباً عن كتبهم، لخصه إمام الحرمين، وقد نسبه بعضهم إلى القفال الكبير وهو غلط. طبقات =

أنه يجزئه، وهو ضعيف[1].

وهذه المسائل كلها ترجع إلى قاعدة نذكرها هنا لتعلقها بالنية، وهي:

أن ما أتى به المكلف في حال الشك، لا على وجه الاحتياط ولا لامتثال الأمر، فوافق الصواب في نفس الأمر، فإنه لا يجزىء، لما ذكرناه من اشتراط الجزم بالنية.

وقولنا: على وجه الاحتياط، احترازاً مما إذا شك: هل أصاب الثوب نجاسة أم لا، فغسله احتياطاً، ثم بان أنه كان متنجساً، فإنه يجزىء. وكذلك المسألة السابقة. إذا كان محدثاً وشك: هل توضأ أم لا، فتوضأ احتياطاً، ثم بان أنه كان محدثاً. وكذلك من نسي صلاة من الخمس، ولم يعرف عينها، فإنه يصلي الخمس ويبرأ عما عليه مع الشك في كل صلاة، لأنه أتى بها على وجه الاحتياط.

وقولنا: ولا لامتثال الأمر احترازاً مما إذا اجتهد وغلب على ظنه بالاجتهاد شيء. فإنه يجزىء تعاطيه، وإن كان الشك بعد قائماً، لأنه مأمور بالعمل بما غلب على ظنه. نعم، إذا تيقن الخطأ بعد ذلك وجب عليه التدارك.

ومتى تجرد فعل العبادة مع الشك عن هذين القيدين، كان غير مجزىء، وبيانه بصور:

منها: لو هجم على أحد الإنائين من غير اجتهاد بعد تحقق وقوع النجاسة في أحدهما، وقلنا: لا يجوز الهجم من غير أمارة، ثم تبين أن الذي توضأ به كان الطاهر، فلا تصح طهارته، ولا صلاته، فلو غسل به نجاسة لم يصح ما صلى به قبل التبين، فأما بعد التبين، فيصح قطعاً بناءً على المشهور، وأنَّ إزالة النجاسة لا تفتقر إلى النية.

ومنها: إذا شك في جواز المسح على الخف، فمسح، ثم تيقن جوازه، فإنه يجب عليه إعادة المسح دون ما تقدمه، ويقضي ما صلى به.

ومنها: لو تيمم وهو شاك في دخول الوقت، ثم بان أنه في الوقت، لم يصح تيممه.

ومنها: لو طلب الماء في هذه الحالة، ثم بان أن الوقت كان دخل قبل طلبه، لم يصح طلبه.

ومنها: لو تيمم بلا طلب، ثم تبين أنه لا ماء، فلا يجزىء تيممه.

= الأسنوي ١/ ٣٠٣، كشف الظنون ١/ ٤٦٦.

(١) المجموع ٦/ ٢٩٦.

ومنها: إذا صلى إلى جهة شاكاً أنها القبلة من غير اجتهاد، ثم بان أنها القبلة. لم تصح صلاته.

ومنها: لو شك في دخول الوقت، فصلى. ثم بان أن الوقت كان دخل، فإنه لا يجزىء. وهل تبطل الصلاة من أصلها أو تنقلب نفلاً؟ فيه خلاف يأتي ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى[1].

ومنها: لو صلى خلف من شك في صحة الاقتداء به، كالخنثى، ثم بان أنه رجل، فإن صلاته لا تصح.

ومنها: لو قصر الصلاة شاكاً في جواز القصر، ثم بان له وجود شروط الجواز، فإن قصره لا يصح.

ومنها: لو صلى على ميت، وهو شاك في صحة الصلاة عليه، ثم بان أنه من أهل الصلاة عليه، فإن صلاته لا تصح أيضاً.

ومنها: لو شك هل غسل الميت أم لا؟ فتيمم للصلاة عليه، وقلنا إنه لا يصح التيمم إلا بعد الغسل، ثم بان أنه كان غسل، لم يصح تيممه.

ومنها: لو صام الأسير في مطمورة[2] من غير اجتهاد، ثم بان أنه صام في الوقت، فإن صومه لا يصح.

ومنها: لو وجبت عليه كفارة رقبة، فنوى الصوم قبل أن يطلب الرقبة ثم طلب، ولم يجد. فإنه لا يصح صومه ما لم يجدد النية بعد الطلب.

فهذه المسائل كلها جارية على هذه القاعدة، لعدم جزم النية فيها، وقد شذ عنها صور يسيرة:

منها: لو أحرم في يوم الثلاثين من رمضان وهو شك: فقال: إن كان من رمضان فإحرامي بعمرة. وإن كان من شوال فهو يحج، ثم بان أنه من شوال، قال الأصحاب: ينعقد إحرامه بالحج. لأن الحج والإحرام يغتفر فيه ما لا يغتفر في غيره.

ولذلك جاز تعليق إحرامه على إحرام زيد دون بقية العبادات.

ومنها: لو أحرم بالصلاة في آخر وقت الجمعة، ونوى الجمعة، إن كان وقتها باقياً وإلا فالظهر، فبان الوقت باقياً، ففي صحة الجمعة وجهان:

---

(١) ص٣٩٥.

(٢) المطمورة: أي الحبس. لسان العرب ٢/ ٦١٣.

ووجه الجواز: اعتضاد نيته بالاستصحاب للوقت، كما تقدم في ليلة الثلاثين من رمضان، والله أعلم.

ورابعها: لا ريب في أن النية لا يشترط استحضارها دائماً فيما هي شرط فيه لتعذر ذلك. فاكتفى الشارع باستصحابها مع عدم المنافي لها. وتكون النية في حال استصحابها حكمية، والمنافي لها يكون بنية قطعها، والخروج من تلك العبادة، وبقلب العبادة من صفة إلى أخرى.

والعبادات في قطعها بالنية على أربعة أضرب:

الأول: الصلاة، وتبطل بنية الخروج منها، كما في الإسلام، وكذلك بالتردد في أنه هل يخرج منها أم لا؟ لأن هذا التردد يناقض الجزم بالنية[١].

والثاني: الحج والعمرة، فلا يبطلان بنية الخروج قطعاً، لأنها لا يبطلان بالفعل المفسد[٢]، فَلأَنْ لا ينقطعا بالنية أولى.

الثالث: الوضوء، وله اعتباران:

أحدهما: حالة فعله، والنية معتبرة فيه جزماً واستدامةً، فإذا قطعها في أثنائه، انقطعت، وهل يبطل ما مضى؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كالصلاة[٣].

وأصحهما: لا يبطل[٤]، بل يجدد النية، ويأتي بما بقي، لأن الوضوء خصال متعددة يمكن تفريقها بخلاف الصلاة، فإنها مرتبطة بعضها ببعض، ولا يصح تفريقها.

والاعتبار الثاني: بعد فراغه، فإن حكمه باق في رفع الحدث، فإذا نوى قطعه حينئذٍ لم ينقطع على المذهب[٥]، إذ ليس للنية حينئذٍ مدخل فيه، وإنما يبطل أثره الأحداث المنافية له[٦]. وفيه وجه للصيدلاني[٧] أن طهارته تبطل، وهو

---

(١) المجموع ٣/ ٢٨٢.

(٢) كالجماع مثلاً.

(٣) وينسب هذا الرأي للروياني وابن الصباغ. المجموع ١/ ٣٣٦.

(٤) وبه قطع الفوراني والجرجاني. المصدر السابق.

(٥) وممن جزم بهذا ابن الصباغ، والجرجاني، والروياني. المجموع ١/ ٣٣٦.

(٦) كالنوم، وخروج شيء من السبيلين، وغيرهما من نواقض الوضوء.

(٧) هو: أبو بكر محمد بن داود بن محمد المروزي. المعروف بالصيدلاني نسبة إلى بيع العطر. من=

ضعيف[1].

الضرب الرابع: الصيام والاعتكاف. وهل يبطلان بقطع النية؟

فيه وجهان[2] لترددهما بين مشابهة الصلاة والحج، والأصح عند المتأخرين أنه لا يبطل، لأن الصلاة مخصوصة من بين سائر العبادات بوجوه من الربط ومناجاة العبد ربه عز وجل، فأثر فيها قطع النية بخلاف الصوم.

والقول بالبطلان، اختاره جماعة، منهم: البندنيجي، والبغوي، والروياني[3]. وذكر القاضي حسين أن في نص الشافعي ما يدل عليه.

أما إذا نوى الخروج من الصوم بالأكل والجماع، فقال النووي في شرح المهذب[4]: المشهور بطلانه في الحال، يعني على القول بأن نية الخروج فيه مبطلة، ثم حكى عن الماوردي نقل وجه، أنه لا يبطل حتى يمضي زمن الأكل والجماع، واستضعفه[5].

وحكى ابن الرفعة عن القاضي حسين، أنه لا يبطل صومه بهذه النية أصلاً، وهو قوي

= كبار علماء الشافعية، من مصنفاته: شرح المختصر، وشرح على فروع ابن الحداد، توفي سنة ٤٢٧هـ. الأنساب لابن السمعاني ص٢٢٠ طبعة ليدن ١٩٨٢م. وطبقات الأسنوي ٢/ ١٢٩.

(١) وذلك لأن الوضوء قد تم، فهو كنية قطع الصلاة بعد السلام، فإنها لا تبطل بالإجماع. المجموع ١/ ٣٣٦.

(٢) المجموع ٦/ ٢٩٧.

(٣) هو: قاضي القضاة. عبد الواحد بن إسماعيل بن الشيخ أبي العباس الملقب فجر الإسلام. برع في المذهب حتى كان يقول: لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي. واستشهد على أيدي الباطنية سنة ٥٠٢ أو ٥٠١هـ. من مصنفاته: بحر المذهب في الفروع، والتهذيب في غريب الحديث وغيرهما. طبقات الأسنوي ١/ ٥٦٥، وهدية العارفين ١/ ٦٣٤.

(٤) هو: كتاب في الفقه الشافعي شرح فيه النووي (المهذب) للشيخ أبي إسحاق إبراهيم الشيرازي، المتوفى سنة ٤٧٦هـ وسماه (المجموع) إلا أنه لم يتمه ووصل فيه إلى باب الربا، ثم أخذه تقي الدين السبكي المتوفى سنة ٧٥٦هـ، إلا أنه الآخر لم يتمه، وأتمه غيره كالعراقي والحضرمي. كشف الظنون ٢/ ١٩١٢- ١٩١٣. وقد أكمله محمد نجيب المطيعي المصري وطبع بجدة كما طبع قبل التكميل في المكتبة العربية بمصر وبدار الفكر.

(٥) قال: ومتى نوى الخروج من الصوم بأكل أو جماع ونحوهما، وقلنا: إنه يبطل فالمشهور بطلانه في الحال، وحكى الماوردي في الحاوي ـ كتاب الصوم ٣/ ٢٥٠ ـ وجهين:
أحدهما: هذا.
والثاني: لا يبطل حتى يمضي زمان إمكان الأكل والجماع، وهذا غريب ضعيف. المجموع ٦/ ٢٩٨.

متجه، لأن الكفارة إنما تجب على المجامع في رمضان إذا أفسد به صوم يوم من رمضان، فلو كان العزم على الجماع مبطلاً، لزم أن لا يصادف الجماع صوماً يبطله[1]، فينبغي أن لا تجب كفارة على مجامع في نهار رمضان أصلاً كما لو كان أكل قبل الجماع، ولا ريب في أنه لا يتأتى الجماع من شخص قبل العزم عليه، وهذا إشكال قوي لم أر أحداً تعرض إليه.

أما إذا قلب نية العبادات من صفة إلى أخرى، فإن كان ذلك في الصلاة فهو مبطل لها[2]. وأما في الصوم، فيتخرج على الخلاف المتقدم.

فإن قلنا: إنه يخرج بنية القطع، فإن كان ذلك في رمضان وقلبه إلى غير صومه، بطل عن رمضان، ولا يصح له غيره، وإن كان في غيره، بأن كان في قضاء، فقلبه إلى نذر أو كفارة ونحو ذلك، لم يصح له ما نواه ثانياً، وبطل ما كان نواه أولاً[3].

وهل يبطل الصوم من أصله، أم ينقلب نفلاً؟

فيه خلاف[4] له نظائر كثيرة يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى في القواعد الأصولية[5]. وأما إذا فرع على الوجه الآخر فلا أثر لانتقاله، بل هو مستمر على ما نواه أولاً.

وقد حكى القاضي حسين عن نص الشافعي، أنه قال في صوم المظاهر: إن صام فيها يوماً تطوعاً، أو غير النية إلى التطوع، فعليه أن يستأنف[6]، وهذا ظاهر في أن تغير النية من صوم الكفارة إلى صوم التطوع يفسد النية.

وقولنا في الصلاة، إنه يبطلها قلب النية، هو فيما إذا لم يكن لذلك سبب وإلا فقد نص الشافعي على أنه لو تحرم بالصلاة منفرداً، ثم حضر جماعة يصلون، قال: أحببت أن يسلم من ركعتين، تكونان له نافلة[7]، فصحح قلب نية الفرض إلى النفل لما كان ذلك لحاجة.

---

(١) من قوله: (مبطلاً لزم أن... يبطله) في ب. وج ورد بصيغة أخرى وهي: (مفسداً لم يصادف الجماع صوماً يفسده فكان).

(٢) وخاصة إذا نوى قلبها من فرض إلى آخر، أما إذا نوى قلبها من فرض إلى نفل، ففيه خلاف ذكره الشيرازي في المهذب، ووضحه أكثر النووي في المجموع. المجموع ٣/ ٢٨٦.

(٣) المجموع ٦/ ٢٩٨.

(٤) قال المتولي وغيره: وهذا الخلاف إذا كان في غير رمضان، أما في رمضان فلا يقع فيه نفل أصلاً. المجموع ٦/ ٢٩٨.

(٥) ص(٣٩٥).

(٦) الأم للشافعي ٥/ ٣٠١.

(٧) حلية العلماء للشاشي القفال ٢/ ٨٦ نقلاً عن كتاب الإمامة للشافعي، والمجموع ٣/ ٢٨٨.

ثم هنا مسائل، تؤثر النية حكمها في الأثناء، وليست شرطاً فيها، وبعضها ليس من العبادات.

منها: إذا نوى قطع قراءة الفاتحة في الصلاة مع سكتة يسيرة، فإنه تبطل قراءته على الصحيح، وأما على عدم السكوت، فلا تؤثر نيته قطعاً.

ومنها: لو نوى قطع السفر في أثناء سفر القصر، بأن عزم على الإقامة بموضعه. أو الرجوع إلى وطنه، انقطع سفره، وكان ابتداء سفره من هناك إذا سافر.

ومنها: إذا نوى بمال التجارة[1] القنية، انقطع حول التجارة، ولو نوى بما عنده للقنية التجارة، لم ينعقد عليه الحول، لأن مجرد هذه النية لا تؤثر إلا إذا اقترنت بالشراء والبيع[2].

وفيه وجه للكرابيسي[3] من أصحابنا[4]: أنَّ بمجرد نية التجارة ينعقد الحول ويصير ذاك مال تجارة[5].

ومنها: إذا نوى جعل هذه الشاة هدياً، أو أضحية، ولم يتلفظ بشيء. فالجديد الصحيح. أنها لا تصير بمجرد ذلك، والقديم تصير[6]، واختاره ابن سريج[7]

---

(١) أ، ب: تجارة، ومال التجارة: هو كل مال قصد الاتجار فيه عند تملكه بمعاوضة محضة. المجموع ٦/٤٨.

(٢) لا يصير العرض للتجارة إلا بشرطين:
الأول: النية.
الثاني: أن يملكه بعقد فيه عوض، كالبيع والإجارة والنكاح والخلع. المجموع ٦/٤٨.

(٣) هو: الحسين بن علي بن يزيد الكرابيسي كان إماماً جليلاً جامعاً بين الفقه والحديث، من مصنفاته: كتاب الإمامة وأسماء المدلسين، توفي سنة ٢٤٥هـ، وقيل ٢٤٨هـ، وسمي بالكرابيسي، لأنه كان يبيع الكرابيس، وهي الثياب الغليظة من القطن الأبيض. طبقات السبكي ١/٢٥١، وطبقات الأسنوي ١/٢٩.

(٤) قال من أصحابنا لأن هناك علم آخر بنفس اللقب وهو الكرابيسي الحنفي (أسعد بن محمد بن الحسين النيسابوري الحنفي) المتوفى سنة ٥٧٠هـ وله كتاب فقهي اسمه الفروق بجزأين مطبوع بتحقيق الدكتور محمد بن طموم/ الكويت.

(٥) المهذب بشرح النووي ٦/٤٨.

(٦) المجموع ٨/ ٤٢٣.

(٧) هو: أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج، وكان إماماً من أئمة المسلمين، وتولى القضاء بشيراز، من مؤلفاته: الخصال في الفروع، والفروق من الفروع، وكتاب العين والدين، وغيرها. توفي سنة ٣٠٦هـ ببغداد. طبقات السبكي ٣/ ٨٧، وطبقات الأسنوي ٢/ ٢٠.

والإصطخري[1].

وعلى هذا ففيما تصير به هدياً أو أضحية أربعة أوجه:

أحدها: بمجرد النية، كما يدخل في الصوم بذلك.

والثاني: بالنية والتقليد[2] والإشعار[3].

والثالث: بالنية والذبح.

والرابع: بالنية والسوق إلى الذبح[4].

ومنها: لو نوى أخذ الوديعة لنفسه، لم يضمن بذلك على الصحيح[5] إلا أن يتصل بنيته نقل من الحِرْزِ، كما في قطع القراءة مع السكوت.

وقال ابن سريج: يضمن بمجرد نية الأخذ[6].

---

(١) هو: الحسين بن أحمد بن يزيد بن عيسى الإصطخري، شيخ الشافعية في العراق، وصف بالزهد والقناعة والتقلل من الدنيا، تولى القضاء بسجستان ثم حبسه المقتدر بالله ببغداد، وتوفي فيها سنة ٣٢٨هـ، له من المصنفات كتاب الأقضية. تاريخ بغداد ٧/ ٢٦٨، وطبقات الأسنوي ١/ ٤٦.
والإصطخري نسبة إلى إصطخر بلدة بفارس، وهي من أعيان حصون فارس ومدنها. معجم البلدان ١/ ٥١١.

(٢) التقليد: هو إلباس الهدي القلادة ليعلم أنه هدي. وهو سنة. وقلادة الغنم تكون من خرب القرب وهي من عراها وآذانها أو الخيوط المفتولة، وأما الإبل فيكون تقليدها بالنعل. المجموع ٨/ ٣٥٨، ومعجم لغة الفقهاء ص١٤١.

(٣) الإشعار: ويكون للبدن وهو: شق أحد طرفي سنامها حتى يسيل منه الدم ليعلم أنه هدي. المجموع ٨/ ٣٥٧، ومعجم لغة الفقهاء ص٦٩، وهو سنة لمن أحرم بالحج لفعله ﷺ فقد روى ابن عباس: «أن النبي ﷺ صلى الظهر بذي الحليفة، ثم دعا بناقته فأشعرها في صفحة سنامها الأيمن وسلت الدم. وقلدها نعلين». صحيح مسلم بشرح النووي ٨/ ٢٢٧- ٢٢٨.

(٤) المجموع ٨/ ٤٢٣- ٤٢٤.

(٥) الحاوي ١٠/ ٣٩٥.

(٦) في هذه المسألة ثلاثة أوجه:
الأول: وهو قول ابن سريج، أنه يضمن لأنه نوى امتلاكها، كما لو التقط شيئاً ونوى امتلاكه.
الثاني: وهو قول الشيخ أبي حامد، أنه لا يضمن في الانتفاع ويضمن في عدم الرد.
الثالث: وهو قول أكثر الأصحاب، أنه لا يضمن، لأن نية الامتلاك لا تؤثر في عين الوديعة. المجموع التكملة الثانية ١٤/ ١٩٤، والروضة ٦/ ٣٣٤.

ولو نوى أن يردها، وقد طلبها المالك، ففيه هذا الخلاف، وقيل: يضمن قطعاً، واختاره الماوردي[1].

وكذلك لو كان الثوب في صندوق غير مقفل، ففتح رأس الصندوق ليأخذ الثوب، ثم بدا له، فيه وجهان:

إلى غير ذلك من الصور المشبهة لهذا.

ومنها: قصد الخيانة في اللُّقَطَةِ، هل تقوم مقام الخيانة؟ وهل يصير ضامناً؟ فيه الوجهان، كما في الوديعة.

ومنها: إذا أحيا أرضاً بنية جعلها مسجداً، فبمجرد النية صارت مسجداً، ولا يحتاج إلى اللفظ. كما في الوقف، قاله صاحب الحاوي[2].

ومنها: لو اشترى شاة بنية التضحية أو الإهداء، صارت كذلك عند أبي حنيفة ومالك[3][4]، وفي التتمة حكاية وجه كمذهبهما[5].

قال الرافعي: وغالب الظن أن هذا الوجه صدر عن غفلة، بل هو الوجه في دوام الملك. يعني المتقدم[6].

قلت: ويعبر عن هذه المسائل كلها، بأن ما نصبه الشارع سبباً من قول أو فعل، فهل تقوم النية مقامه أم لا؟

---

(١) وهو رأي القاضي أبي حامد. الحاوي ١٠/ ٣٩٥، والروضة ٦/ ٣٣٤.

(٢) لم أعثر على توثيق هذا القول فيما اطلعت عليه من كتب الماوردي، وقد ذكر هذا الفرع السيوطي في الأشباه والنظائر ص٨١ دون نسبته لأحد. والحاوي كتاب كبير للماوردي شرح فيه مختصر المزني، لم يؤلف في المذهب مثله. كشف الظنون ١/ ٦٢٨.

(٣) هو: مالك بن أنس، إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة، توفي سنة ١٧٩هـ. تذكرة الحفاظ ١/ ١٩٣، وشذرات الذهب ١/ ٢٨٨.

(٤) في نسبة هذا الرأي للإمام مالك نظر: فقد جاء في بلغة السالك ما نصه: (وإنما تتعين - أي الأضحية - بالذبح لا بالنذر ولا بالنية ولا بالتميز لها). بلغة المسالك لأقرب المسالك للشيخ أحمد الصاوي ١/ ٣١١ طبعة مصطفى البابي الحلبي.

(٥) المجموع ٨/ ٣٨٣ ونسبه النووي إلى تتمة التتمة.

(٦) المجموع ٨/ ٣٨٣ وعبارته (وإنما هذا الوجه فيما إذا نوى في دوام الملك).

وبهذا عرف أن النية لا تختص بالعبادات. بل تدخل في أبواب كثيرة غير ما ذكرنا.

فمنها: العقود القابلة للكنايات: إنما تنعقد كنايتها بالنية.

والتصرفات على ضربين:

ضرب يستقل به الشخص، ولا يحتاج إلى لفظ من الجانبين، كالطلاق، والعتاق، والإبراء، وما جرى مجراها، فينعقد بالكناية مع النية، كما ينعقد بالصرائح، ويلحق به الوقف، والوصية، والفسوخ، والرجعة[1]، إذا لم يشترط فيها الإشهاد، وهو الأصح، وكذلك الظهار.

والضرب الثاني ما لا يستقل به الشخص، بل لا بد فيه من إيجاب وقبول وهو على أقسام:

أحدها: ما يفتقر إلى الإشهاد، كالنكاح، وبيع الوكيل المشروط عليه فيه الإشهاد، فلا ينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف، وللرافعي فيه احتمال[2].

وثانيها: ما يقبل مقصوده التعليق، كالكتابة[3] والخلع، فينفذان بالكناية مع النية[4]. وقد نص الشافعي على أنه لو قال لامرأته: أنت بائن[5] بألف، فقبلت ونويا، صح الخلع[6].

وثالثها: ما لا يقبل التعليق، ولا يفتقر إلى الإشهاد، كالبيع، والإجارة، والمساقاة،

---

(١) الرجعة: لغة: هي مراجعة الرجل أهله – وشرعاً: هي الرد إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة. الروضة ٨/ ٢١٤، والمصباح المنير (٢٢٠) مادة (رجع).

(٢) قال: (وفي بيع المقيد بالإشهاد وذكر في الوسيط أن الظاهر انعقاده عند توفر القرائن) فتح العزيز ٨/ ١٠٤.

(٣) الكتابة والمكاتبة: عقد بين الرقيق ومالكه على ما يؤديه الرقيق لمالكه على أقساط فإذا أداها فهو حر. معجم لغة الفقهاء ص٣٧٧.

(٤) لأن الكناية مع النية كالصريح. الروضة ٧/ ٤١٧.

(٥) البائن: هو الطلاق الذي لا رجعة فيه إلا بمهر وعقد جديدين، وهو على نوعين:
بائن بينونة صغرى: وهو طلاق غير المدخول بها طلقة واحدة أو طلقتين، ومضي عدة المدخول بها بعد طلقة واحدة أو طلقتين.
وبائن بينونة كبرى: وهو الذي يكون بعد الطلقة الثالثة، وعندئذٍ لا يحق لها الرجعة حتى تنكح زوجاً غيره. معجم لغة الفقهاء ص١٠١.

(٦) الأم ٥/ ٢١١، وفتح العزيز ٨/ ١٠٣.

والمزارعة[1]، وفي انعقادها بالكناية مع النية وجهان:

أصحهما: أنها تنعقد بذلك[2].

ونقل الرافعي عن الإمام[3] أنَّ محل الخلاف ما إذا انعدمت قرائن الأحوال، فأما إذا توافرت وأفادت التفاهم فيجب القطع بالصحة[4].

وكل هذه الأبواب، إنما تنعقد بالكنايات إذا اقترنت فيها النية باللفظ جميعه، فلو اقترنت النية بأول اللفظ، كانت في قوله: أنت بائن طالق وعزبت قبل تمامه فوجهان:

أصحهما: أنه يقع[5].

ولو لم ينو إلا مع آخر لفظ منه، فوجهان أيضاً، واختلف في الراجح منهما[6].

أما إذا كان اللفظ كناية في معنيين ونواهما جميعاً، كما إذا نوى الطلاق والظهار جميعاً في قوله: أنت علي حرام، فالأصح أنه يخير فيهما، فيما اختاره منهما ثبت.

ومنهم: من رجح الطلاق لقوته من حيث إنه مزيل للملك.

ومنهم: من رجح الظهار لأن الأصل بقاء النكاح[7].

أما الصريح: فلا يحتاج إلى نية الإيقاع، لكن يحتاج إلى قصد التلفظ به[8]، كمن جرى لفظ الطلاق على لسانه وهو نائم، أو سبقه لسانه في محاوراته، ودلت القرينة على أنه لم يقصد اللفظ القاطع للنكاح، وكما إذا كان اسمها طالقاً فناداها باسمها ولم يقصد قطع النكاح، بل قصد النداء أو أطلقه على الأصح[9].

وكذا لو كان يحلها من وثاق، ثم قال لها: أنت طالق، وادعى أنه من وثاق، فالأصح أيضاً أنه يقبل منه، وإن لم تكن له قرينة، لم يقبل في الحكم، ولكن يدين فيما بينه وبين الله تعالى.

---

(١) المزارعة: دفع الأرض إلى من يزرعها على أن يكون الزرع بينهما. معجم لغة الفقهاء ص٤٢٣.

(٢) والثاني: لا تنعقد، لأن المخاطب لا يدري بم خوطب. فتح العزيز ٨/ ١٠٣.

(٣) عندما يطلق الإمام يراد به إمام الحرمين الجويني.

(٤) فتح العزيز ٨/ ١٠٤، والمجموع ٩/ ١٦٦.

(٥) الحاوي ١٣/ ٢٠.

(٦) رجح الماوردي في الحاوي ١٣/ ٢٠ عدم وقوع الطلاق، وشبهها بالنية في آخر الصلاة. الأشباه والنظائر للسيوطي ص٦٩. ومغني المحتاج ٣/ ٢٨٤.

(٧) الروضة ٨/ ٢٨، والمنهاج بشرح مغني المحتاج ٣/ ٢٨١.

(٨) وكذلك قصد معنى الطلاق، أي يكون قاصداً لحروف الطلاق ومعناها. الروضة ٨/ ٥٣.

(٩) الروضة ٨/ ٢٨.

وفي فتاوى[1] الغزالي، أنه لو مر على صاحب الضريبة ومعه عبد، فخاف أن يطالبه بالضريبة عليه فقال: إنه حر وليس بعبد، وقصد الإخبار كاذباً لم يعتق فيما بينه وبين الله تعالى.

قال الرافعي: وهذا يشير إلى أنه لا يقبل ظاهراً[2].

ومنها أيضاً: فيمن زاحمته امرأة في الطريق فقال: تأخري يا حرة. وكانت أمته وهو لا يشعر، فأفتى الغزالي بأنها لا تعتق.

قال الرافعي: وهذا إن أراده في الظاهر فيمكن أن يفرق بأنه لا يدري من يخاطب ها هنا. وعنده أنه يخاطب غير أمته، وهناك خاطب العبد باللفظ الصريح[3].

ومما يتعلق بهذا، أنه لو قال: خالعتك على ألف درهم، ولم يعين نقداً، وفي البلد نقود متعددة ولا غالب فيها، فقالت: قبلت، ونويا نوعاً منها، واتفقا على إرادته، فالظاهر أنه يصح، ويغتفر في الخلع ما لا يغتفر في البيع، ولذلك يحصل الملك فيه بالإعطاء من غير لفظ، وفيه وجه أَنَّهُ يفسد التسمية كما يفسد البيع[4].

وقال الرافعي قبل ذلك لما ذكر أن البيع لا يصح بمثله، ولك أن تقول: يجب أن يجعل ذلك على الخلاف في انعقاد البيع بالكنايات، لأن التعبير عن المقيد[5] بالمطلق[6] وإرادته به طرئقة شائعة.

ولو قال: خالعتك على ألف، ولم يذكر جنساً، فقبلت، ونويا جنسه، فالأصح أنه كإبهام النوع، فيصح ويتعين ما نواه، وقيل إنه يفسد ويتعين مهر المثل[7].

---

(١) هي: فتاوى مشتملة على ١٩٠ مسألة غير مرتبة، وله فتاوى غير ذلك مشهورة. كشف الظنون ٢/ ١٢٢٧.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٧٩.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٧٩.

(٤) الروضة ٧/ ٤٣٢، وذلك لأن العوض يجب أن يكون معلوماً متمولاً مع سائر شروط الأعواض، كالقدرة على التسليم واستقرار الملك وغيرها، فإذا جهل شيء من ذلك. رجع إلى مهر المثل.

(٥) المقيد: هو ما دل على غير شائع في جنسه، أو تناول معيناً موصوفاً بوصف زائد على حقيقة جنسه، كقوله: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ فقد قيد الرقبة بوصفها مؤمنة. إرشاد الفحول ص١٦٤. ومعجم لغة الفقهاء ص٤٥٥.

(٦) المطلق: ما دل على شائع في جنسه. الأحكام للآمدي ٣/ ٢، وإرشاد الفحول ص١٦٤، ومعجم لغة الفقهاء ص٤٣٦.

(٧) الروضة ٧/ ٤٣٢، وذلك لكثرة الاختلاف في الأخبار.

ولو قال: علي ألف شيء، قال القاضي حسين: فسد ذلك، ولم يؤثر توافق النيات على شيء معين.

وللرافعي فيه احتمال إذا توافقا على شيء في النية، وذكر عن الشيخ أبي محمد[1] أن التعيين بالنية إنما يؤثر إذا تواطآ قبل العقد على ما يقصدانه باللفظ المبهم، ولا أثر للإتفاق بدون ذلك.

قال الرافعي: وأعرض معرضون عن هذا الاعتبار.

قال النووي: هذا هو الأصح. وضعف قول الشيخ أبي محمد[2].

فلو اختلفا فقال الزوج: أردنا بالألف، الدراهم، وقالت المرأة: أردنا بها الفلوس. فوجهان:

أصحهما: يتحالفان، ويرجع إلى مهر المثل.

والثاني: يثبت مهر المثل[3] ابتداءً من غير تحالف لأنه نزاع في النية والإرادة، ولا مطلع عليها.

ووجه الأول: أنه قد يحصل الاطلاع على قصد الغير بالأمارات والقرائن. وفي المسألة صور غير هذه. [وحاصل هذه المسألة جواز تقييد المطلق بالنية].

وأما تخصيص[4] اللفظ العام[5] بالنية ففيها صور:

---

(١) هو عبد الله بن يوسف بن عبد الله الجويني، والد إمام الحرمين، من علماء التفسير واللغة والفقه، سكن نيسابور. وتوفي بها سنة ٤٣٨هـ، صنف تفسيراً كبيراً يشتمل على عشرة أنواع من العلوم في كل آية، وله التبصرة، والتذكرة في الفقه، والوسائل في فروق المسائل. طبقات الأسنوي ١/ ٣٣٨، ومفتاح السعادة لطاش كبري زاده، تحقيق بكري وعبد الوهاب أبو النور ٢/ ١٨٤ طبعة الهند ١٩١٠م.

(٢) الروضة ٧/ ٤٣٢.

(٣) الروضة ٧/ ٤٣٢.

(٤) التخصيص: هو قصر العام على بعض أفراده بدليل مستقل. الأحكام للآمدي ٢/ ٤٠٧، ومعجم لغة الفقهاء ص١٢٥.

(٥) العام: هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له. أصول البزدوي ١/ ٣٣، وجمع الجوامع بحاشية البناني ١/ ٤٥٥. وتخصيص العام قد يكون باللفظ، وقد يكون بغيره وغير اللفظ ثلاثة أشياء:
١- النية: كما مثل لها المصنف. =

منها: إذا حلف لا يسلم على فلان، فسلم على قوم هو فيهم، واستثناه بقلبه، فالمشهور عدم الحنث، ومنهم من ذكر فيه خلافاً[١].

ومنها: إذا قال: لا أدخل على فلان، فدخل على قوم هو فيهم، واستثناه بقلبه، وقصد الدخول على غيره فالأصح الحنث.

والفرق أن الدخول فعل لا يدخله الاستثناء، ولا ينتظم أن يقول: دخلت عليكم إلا على فلان. ويصح أن يقول: سلمت عليكم إلا على فلان[٢].

ومنها: لو حلف لا يكلم أحداً ثم قال: أردت زيداً، أو من سوى زيد، أو لا يأكل طعاماً. ونوى طعاماً بعينه، قال الرافعي: تخصصت اليمين بما نوى.

ومنها: إذا حلف لا يدخل الدار ثم قال: أردت شهراً، أو يوماً، فيقبل ظاهراً وباطناً.

وتتخصص اليمين بما نوى إذا كانت بالله تعالى، ولم يتعلق بحق آدمي، فإن كانت اليمين في هاتين المسألتين[٣] بالطلاق، أو العتاق، أو بالله في الإيلاء، لم يقبل ذلك في الحكم[٤]، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى[٥].

وقد حُكِيَ عن نص الشافعي فيمن قال: إن كلمت زيداً فأنت طالق، ثم قال: أردت التكليم شهراً، أنه يقبل[٦].

وقال الغزالي وغيره: أراد القبول الباطن حتى لا يقع في الباطن إذا كان التكليم بعد شهر[٧].

= ٢- العرف الشرعي كمن قال لا أصلي، فيحمل على الصلاة الشرعية.
٣- العرف الاستعمالي: المعبر عنه بالقرينة، كمن قال: لا آكل الرؤوس، فإن العرف يخرج رؤوس العصافير ونحوها. الروضة ١١/ ٨٢، والتمهيد في تخريج الفروع على الأصول لجمال الدين الأسنوي ص٣٧٤ تحقيق محمد حسين هيتو.

(١) الروضة ١١/ ٨٠.

(٢) المصدر السابق.

(٣) ويقصد بالمسألتين هنا، مسألة: لو حلف لا يدخل الدار وقال: أردت شهراً، ومسألة: لو حلف لا يدخل الدار وقال أردت يوماً.

(٤) يراد بالحكم القضاء - أي لم يقبل ظاهراً لأن القضاء يعتمد على الظاهر.

(٥) الروضة ١١/ ٨١.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٠.

(٧) الروضة ٨/ ١٩.

وفي مختصر المزني[١] قال الشافعي: لو قالت له: طَلِّقني، فقال: كلُّ امرأة لي طالق، طلقت امرأته التي سألته إلا أن يكون قد عزلها بنيته[٢].

قال الرافعي: وظاهر هذا النص أنه إذا قال: نسائي طوالق، أو كل امراة لي طالق، وعزل بعضهن بالنية، أنه لا يقع عليهن[٣] طلاق، ثم حكى خلافاً في ذلك بين الأصحاب، وأن الأكثرين قالوا: لا يقبل ذلك ظاهراً[٤]، وحملوا النص على أنها لا تطلق بينه وبين الله تعالى.

وقال ابن الوكيل[٥]: يقبل ذلك ظاهراً، سواء اعتضد بقرينة أم لا.

قال: والأظهر عند القفال والمعتبرين، لا يقبل في الظاهر إن لم تكن قرينة، ويقبل إن وجدت قرينة، وهو اختيار الروياني[٦].

ومن القرائن: ما إذا قالت له: تزوجت علي، فقال: كل امرأة لي طالق، وقال: أردت غير المخاطبة.

وفرق القاضي حسين بين أن يقول: كل امرأة لي طالق، أو نسائي طوالق، ويقبل التخصيص بالنية في الثانية دون الأولى[٧]، وكأن ذلك لقوة العموم في كل[٨]، وشمولها الأفراد بالتنصيص، وأجروا هذا الخلاف فيما إذا قال: إن أكلت خبزاً، أو تمراً، فأنت طالق، ثم فسر بنوع خاص.

وفرق هؤلاء بين هذه الصور، وبين ما إذا قال: أنت طالق، ثم قال: أردت إن دخلت الدار. حيث لا يقبل ظاهراً بالاتفاق[٩]، بل يدين بأن اللفظ عام في الأشخاص والأزمان، فَقُبِلَ التخصيص دون هذه الصورة.

---

(١) هو كتاب للشيخ إسماعيل بن يحيى المزني المتوفى ٢٦٤هـ وهو أحد الكتب الخمسة المشهورة بين الشافعية. وهو أول من صنف في المذهب الشافعي. كشف الظنون ٢/ ١٦٣٥.
وقد طبع على هامش الأم طبعة الشعب وفي نهايته في طبعة دار الفكر الطبعة الأولى سنة ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.

(٢) مختصر المزني بهامش الأم ٤/ ٧٢، والروضة ٨/ ١٩.

(٣) (عليهن) سقطت من ب، وفي ج: عليها.

(٤) الروضة ٨/ ١٩.

(٥) هو: صدر الدين بن المرجل.

(٦) الروضة ٨/ ١٩.

(٧) المصدر السابق.

(٨) كل: من ألفاظ العموم عند الإطلاق الدالة على التفصيل، أي ثبوت الحكم لكل واحد، وهي أقوى صيغ العموم. البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ٣/ ٦٤.

(٩) الروضة ٨/ ١٨.

قال الرافعي: وقد يقبل هذا بمثله ويقال: اللفظ عام في الأحوال إلا أنه خصصه بحال دخول الدار.

وقد اعترض القرافي في مواضع من كتبه[1] على قولهم فيمن قال: لا أُكلِّمُ أحداً. وقال: أردت زيداً، أو لا ألبس ثوباً، ونوى به الكتان، إنَّ النية تخصص لفظه ذلك، وقال: هذه نية مؤكدة لبعض ما دل عليه اللفظ لا مخصصة إلا أن ينوي في قلبه إخراج غير ما نواه عن يمينه، لأن المخصص لا بد وأن يكون مخالفاً لحكم العام، كما إذا قال: اقتلوا المشركين، ثم قال: لا تقتلوا بني تميم، فأما إذا كان موافقاً لحكمه، فهذا هو ذكر بعض ما يتناوله العام، كحديث[2] شاة ميمونة[3] مع قوله ﷺ: (أيما إهاب دبغ فقد طهر)[4].

والجمهور على أن مثل ذلك لا يقتضي التخصيص، خلافاً لأبي ثور[5]. ثم أورد على ذلك، أنه إذا قال: والله لا لبست ثوباً ونوى الكتان، وغفل عن غيره فهو تمييز له.

أما إذا قال: والله لا لبست ثوباً كتاناً، وهو غافل عن غير ذلك فلا يحنث في هذا إلا بالكتان، وكذلك إذا نواه.

وأجاب عنه، بأنه قاعدة العرب: أن اللفظ المستقل بنفسه إذا ألحق به ما لا يستقل بنفسه صير الأول غير مستقل، كما في الاستثناء، ونحوه، فإنه إذا قال له: عليّ عشرة دراهم، وسكت لزمته، ولو وصل بها قوله: إلا ثلاثة، لم يلزمه إلا سبعة، لأن هذا الملحق لا يستقل بنفسه، فيقيد الأول به، وكان الكلام بآخره، بخلاف ما إذا قال له:

---

(١) منها: الفروق ١/ ١٧٨.

(٢) نص الحديث كما في صحيح مسلم بشرح النووي ٤/ ٥١: عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: تصدق على مولاة لميمونة بشاة فماتت، فمر بها رسول الله ﷺ فقال: (هلا أخذتم إهابها فدبغتموه فانتفعتم به) فقالوا: إنها ميتة. فقال: (إنما حرم أكلها) وأخرج الحديث ابن ماجه في سننه ٢/ ١١٩٣، وأبو داود ٤/ ٦٤.

(٣) ميمونة بنت الحارث أم المؤمنين. الإصابة في تمييز الصحابة ٤/ ٤١١.

(٤) رواه مسلم بلفظ: (إذا دبغ الإهاب فقد طهر). صحيح مسلم بشرح النووي ٤/ ٥٣، وابن ماجه ٢/ ١١٩٣، والترمذي ٤/ ١٩٣.

(٥) هو: إبراهيم بن خالد الكلبي البغدادي، كان على مذهب الحنفية، فلما قدم الشافعي إلى بغداد تبعه وقرأ كتبه، ونشر علمه، ولا يعد تفرده وجهاً، مع أنه كان من الأصحاب، وذلك لأن له مذهباً مستقلاً، توفي سنة ٢٤٠هـ. طبقات الفقهاء للشيرازي ص٩٢، وشذرات الذهب ٢/ ٩٣.

عليّ عشرة وقد أديتها، حيث لا يقبل منه ذلك بمجرد قوله، لأن هذا الملحق مستقل بنفسه، فلم يكن مبيناً لكلامه الأول، فإذا قال: لا لبست ثوباً كتاناً، تقيد، أو تخصص ذلك اللفظ بالكتان لعدم استقلال لفظ الكتان بنفسه، فكان هو المحلوف عليه دون غيره، فلا يحنث إلا به.

وأما النية، فلا يعمل بها ذلك، ولا تشملها هذه القاعدة. ثم أورد على هذا بأن الصفة الملفوظ بها قد تكون لتأكيد بعض ما يتناوله اللفظ، ويبقى ما عداه مندرجاً تحت العموم حتى يحنث به أيضاً، فلم رجح القول بأنها مخصصة، على كونها مؤكدة؟ وهلاّ قيل في النية: إنها تكون مخصصة أيضاً؟

وأجاب عنه: بأن الفرق بينهما بأن الصفة لها مفهوم مخالفة[1] يقتضي التقيد ونفي الحكم عما عداها، والنية ليس لها هذا، لا على وجه التضمن، أو الالتزام، لأنها معنى من المعاني، والمعاني مدلولات لا دلالات[2].

ثم اعترض عليه بأنه يلزم أن هذا لا يجيء إلا عند من يقول: بالمفهوم[3] دون من لا يقول به.

---

(١) مفهوم المخالفة: هو أن يكون المسكوت عنه مخالفاً للمنطوق في الحكم، ويسمى دليل الخطاب. الأحكام للآمدي ٣/ ٩٩، ومعجم لغة الفقهاء ص٤٤٧.
وقد قسم الأصوليون مفهوم المخالفة على خمسة أقسام: مفهوم الصفة، ومفهوم الشرط، ومفهوم الغاية، ومفهوم العدد، ومفهوم اللقب. المصدرين السابقين.

(٢) الفروق ١/ ١٨٣.

(٣) اختلف الأصوليون في الاحتجاج بمفهوم المخالفة في النصوص الشرعية.
فالجمهور يعتبره حجة، فكل نص ورد مقيداً بصفة، أو عدد، أو شرط، أو مغياً بغاية، يكون حجة على ثبوت حكمه في الحادثة التي ورد فيها النص، وبالوقت نفسه يكون حجة على ثبوت نقيض هذا الحكم إن عدم القيد، ويسمى الأول: منطوق النص، والثاني: مفهوم المخالفة.
وذهب الحنفية إلى أن النص المقيد بقيد من القيود لا يدل إلا على ثبوت منطوقه، أما الحكم عند انعدام القيد فمسكوت عنه، وعلى المجتهد أن يبحث عنه من دليل آخر، فإذا لم يجد حكم بالبراءة الأصلية.
ولا بد من الإشارة إلى اتفاق الأصوليين على عدم الاحتجاج بمفهوم اللقب، كما اتفقوا على الاحتجاج بمفهوم المخالفة في الأدلة الشرعية. أصول السرخسي ١/ ٢٥٥ تحقيق أبي الوفاء الأفغاني - طبعة دار المعرفة بيروت - لبنان ١٣٩٣هـ- ١٩٧٣م، والأحكام للآمدي ٣/ ١٣٧، وكشف الأسرار عن أصول البزدوي لعلاء الدين عبد العزيز البخاري ٢/ ٢٥٦ طبع بالأوفسيت ١٣٩٤هـ دار الكتاب العربي - بيروت.

وأجاب عنه: بما قدمته أولاً من أن الصفة لما لم تستقل بنفسها صيرت الكلام بآخره. والله أعلم.

ومما تدخل فيه النية والمقاصد أيضاً، صور كثيرة في أبواب متعددة يطول تعدادها:

منها: إذا كان عليه دينان لرجل، وبأحدهما رهن، فأدى أحدهما ونوى به الدين الذي عليه الرهن، انصرف إليه، وانفك الرهن بذلك، وكان القول قوله في نيته.

ومنها: إذا أسلم على أكثر من أربع. وقال: فسخت نكاح هذه، أو نكاح هؤلاء، فإن نوى به الطلاق، كان ذلك تعييناً لاختيار النكاح فيهن، لأن الطلاق لا يكون إلا بعد ذلك، وإن نوى به الفراق، أو أطلق، حمل على اختيار الفراق.

ومنها: لو وطيء أَمَةً بشبهة[1]، وهو يظنها زوجته، قال الخضري[2]: إن كانت زوجته حرة فالولد حر، وإن كانت زوجته أمة، فالولد رقيق.

ومنها: إذا تعاطى فعل شيء حلال له، وهو يعتقد عدم حله، كمن وطيء امرأة يعتقد أنها أجنبية منه، وأنه زانٍ بها، فكانت امرأته، أو أمته، أو قتل من يعتقده معصوماً، فبان أنه مستحق دمه، أو أتلف مالاً يظنه لغيره، فكان ملكه.

قال الشيخ عزالدين في القواعد[3]: إنه يجري عليه حكم الفاسق، لجرأته على الله [تعالى]، لأن العدالة إنما شرطت في الشهادات والولايات، لتحصل الثقة بصدقه.

---

(١) الشبهة: ما التبس أمره حتى لا يمكن القطع فيه، حلال هو أم حرام؟ وحق هو أم باطل؟ وهي أنواع:
شبهة العقد: ما وجد فيه العقد صورة لا حقيقة، كالزواج بغير شهود، ونكاح المحلل.
شبهة الفعل: وتسمى شبهة اشتباه: أن يظن الحرام حلالاً فيأتيه، كوطء المعتدة من طلاق الثلاث ظاناً أنها تحل له.
شبهة في المحل: وتسمى الشبهة الحكمية: وهي أن يظن المحل محلاً فإذا هو ليس كذلك، كما إذا وطيء امرأة في فراشه ظاناً أنها امرأته فإذا هي أجنبية.
شبهة الملك: أن يملك من الشيء جزءاً، كسرقة الشريك من مال الشركة، ووطء الأمة المشتركة، أو تكون له فيه شبهة ملك، كسرقة الشخص من مال ابنه، معجم لغة الفقهاء ٢٥٧.

(٢) الخضري: هو محمد بن أحمد الخضري، شيخ عصره بمرو، وناشر فقه الشافعي هناك، وكان يضرب به المثل في قوة الحفظ، وقلة النسيان. توفي سنة ٣٧٣هـ وقيل: سنة ٣٨١هـ. الأنساب لابن السمعاني تحقيق عبد الرحمن المعلمي ٥/ ١٥٤، طبعة الهند، وطبقات الأسنوي ١/ ٤٦٩.

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١/ ٢١-٢٢.

وأداء الأمانة. وقد انخرمت الثقة بذلك، لجرأته على ربه عزّ وجلّ، بارتكابه ما يعتقده كبيرة.

وأما مفاسد الآخرة، فلا يعذب تعذيب زان، ولا قاتل، ولا آكل مالاً حراماً، لأن عذاب الآخرة مرتب على رتب المفاسد في الغالب، كما أن ثوابها مرتب على رتب المصالح في الغالب.

ثم قال: والظاهر أنه لا يعذب تعذيب من ارتكب صغيرة، لأجل جرأته، وانتهاكه الحرمة، بل عذاباً متوسطاً بين الصغيرة والكبيرة[(١)].

قلت: وعكس هذا من وطىء أجنبية بشبهة، وهو يظنها حلالاً له، لا يترتب عليه شيء من العقوبات، والمؤاخذات المترتبة على الزاني، اعتباراً بنيته ومقصده.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «نية المؤمن خير من عمله»[(٢)]، وفسر ذلك بأن المؤمن يخلد في الجنة، وإن كانت مدة عمله الصالح متناهية، لأن نيته كانت أنه لو بقي أبد الآباد، مستمراً على الإيمان، فجوزي على ذلك بالخلود في الجنة. كما أن الكافر مخلد في النار. مقابلة لنيته، أنه لو عاش ما عاش، مستمراً على الكفر.

وهذا القدر كاف في النية والمقاصد، يرجع إليها كثير من المسائل الفقهية، أو أكثرها، لا سيما بحسب ترتب الثواب عليها، حتى في المباحات كما تقدم، وبالله التوفيق.

القاعدة الثانية: إن اليقين لا يزول بالشك، وإن الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه:

ودليلها: الحديث الصحيح عن عبد الله بن زيد رضي الله عنه، قال: شكي إلى النبي ﷺ الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، قال: (لا ينصرفن حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً) متفق عليه[(٣)].

وفي صحيح مسلم، عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: (إذا وجد

---

(١) قواعد الأحكام ١/ ٢٢.

(٢) مسند الشهاب ١/ ١١٩ طبعة بيروت، وقد روي من طريق يوسف بن عطية عن ثابت عن أنس مرفوعاً، بلفظ «نية المرء أبلغ من عمله». ومن طريق بحير بن سعيد عن خالد بن معدان عن النواس بن سمعان الكلابي مرفوعاً. بلفظ: «نية المؤمن خير من عمله، ونية الفاجر شر من عمله». ورواه باللفظ الأخير أبو نعيم في الحلية ٣/ ٢٥٥، والخطيب في تاريخ بغداد ٩/ ٢٣٧، ومجمع الزوائد ١/ ٦١.

(٣) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١/ ٢٣٧، وصحيح مسلم بشرح النووي ٤/ ٤٩.

أحدكم في بطنه شيئاً، فأشكل عليه، أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً)[1].

وللعلماء في كيفية الأخذ بهذا الحديث اختلاف، ذكرته في غير هذا الموضع. والمقصود هنا البحث المذهبي.

والإجماع منعقد على أن من شك في امرأة هل تزوجها أم لا؟ لم يكن له وطؤها، استصحاباً لحكم التحريم، إلى أن يتحقق تزويجه بها.

وأنَّ من شك في زوجته هل طلقها أم لا؟ لم يلزمه شيء، وكان له وطؤها إلى أن يتحقق الطلاق، استصحاباً للنكاح المتقدم.

وهذا المعنى معتبر أيضاً في الاستدلال بالأدلة، فالأصل في الألفاظ أنها للحقيقة[2]، وفي الأوامر أنها للوجوب، وفي النواهي أنها للتحريم، ولا يخرج شيء منها عن أصله إلا بدليل خاص، يقتضي ذلك في الموضع المعين الذي يستدل به.

ومن هذا الوجه يمكن رجوع غالب مسائل الفقه إلى هذه القاعدة. إما بنفسها، أو بدليلها. وقولهم: هذا على خلاف الأصل. يحتمل عدة معان:

أحدها: هذا الذي أشرنا إليه، ويكون المراد بالأصل، ما وضع اللفظ له أولاً، وهو حقيقة فيه.

وثانيها: أن يراد به على خلاف مقتضى الدليل، كما يقال: إذا كان الأصل في الدماء الحقن، فقتل المسلم الذاب[3] عن الماء الذي يملكه، وهو غير محتاج إليه لأجل سقي حيوان محترم غير آدمي، على خلاف الأصل.

وثالثها: أن يراد بالأصل، القاعدة المستقرة، كما يقال: إباحة الميتة للمضطر على خلاف الأصل، أي القاعدة المستقرة في تحريم أكلها.

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ٤/ ٥١.

(٢) الحقيقة لغة: مأخوذة من الحق، وهو الثابت اللازم، وهو نقيض الباطل. لسان العرب ١/ ٦٨٠.
وفي الاصطلاح: هي اللفظ المستعمل فيما وضع له أولاً في اللغة.
والمجاز: هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له أولاً في اصطلاح المتخاطبين. الأحكام للآمدي ١/ ٣٦-٣٩، والكليات لأبي البقاء ٢/ ١٨٩-١٩٣، ومعجم المصطلحات وتطورها للدكتور أحمد مطلوب ٢/ ٤٥٣ مطبعة المجمع العلمي سنة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

(٣) الذاب: المدافع، والمانع، يقال: ذب عنه ذباً: دفع ومنع. لسان العرب ١/ ٤٥٠١ مادة (ذبب).

ورابعها: أن يراد بالأصل، الأغلب، كما يقال: العقل في النساء على خلاف الأصل، أي الأغلب من أحوالهن.

وخامسها: أن يراد بالأصل، الاستصحاب[1]، وهذا هو المقصود بهذه القاعدة، وهو على أربعة أنواع:

الأول: استصحاب اليقين في الأحكام الشرعية إلى أن يرد الدليل، فتستصحب البراءة الأصلية، وهذا متفق عليه بين أهل السنة كلهم، القائلين بأنه لا حكم إلا للشرع[2].

الثاني: استصحاب حكم العموم إلى أن يرد مخصص له، وحكم النص إلى أن يرد ناسخ له بعد البحث عن المخصص والناسخ، وهو أيضاً متفق على القول به.

والثالث: استصحاب حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه، كالملك عند جريان السبب المقتضي له، وكشغل الذمة عند إتلاف أو التزام، إلى أن يثبت معارض راجح على ذلك يرفعه، إلى غير ذلك من الأحوال، وهو الذي يتصدى للكلام عليه في هذه القاعدة. وهو أيضاً متفق عليه بين الفقهاء[3].

وبهذا يظهر أن قول من قال من الأصوليين من الحنفية[4]، وبعض الشافعية[5]: إنهم

---

(١) الاستصحاب لغة: طلب الصحبة. لسان العرب ٢/ ٤١٠.
واصطلاحاً: استدامة إثبات ما كان ثابتاً، أو نفي ما كان منفياً، أو هو الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على ثبوته في الزمان الأول، حتى يقوم الدليل على التغير. المستصفى ١/ ٢١٧، وأعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ١/ ٢٩٤ طبعة مطبعة النيل - مصر، وحاشية البناني على جمع الجوامع شرح جلال الدين المحلي ٢/ ٣٥٠.

(٢) المستصفى ١/ ٢١٨.

(٣) المستصفى ١/ ٢٢٣.

(٤) فقد ذهبوا إلى أن الاستصحاب لا يعد دليلاً على بقاء ما كان إلى وجود ما يغيره، بل لا بد من دليل آخر يدل على استمرار الحكم، وبقائه، ولكنهم فرقوا بين الدفع والإلزام، فإذا عرف ثبوت حكم بدليل. ثم وقع الشك في زواله. فقالوا: هذا لا يصلح للإلزام، لكنه حجة دافعة، أي يدفع إلزام الغير واستحقاقه.
فمثلاً: حياة المفقود تصلح بالاستصحاب حجة لبقاء ملكه، ودفع استحقاق الورثة قسمة ماله بينهم، لا لإثبات الملك له في مال مورثه. التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة عبيد بن مسعود ٢/ ١٠١ طبعة القاهرة ١٣٧٧هـ - ١٩٥٧م، وكشف الأسرار ٣/ ٣٧٨، والبحر المحيط ٦/ ١٧-١٨، وإرشاد الفحول ص٢٢١.

(٥) سيأتي على ذكرهم في ص(٧٤).

لا يقولون بالاستصحاب من غير تفصيل، غير سديد[1]، لأن هذه الأنواع الثلاثة، غالب مسائل الاستصحاب، وهي متفق على القول بها، إنما المختلف فيه:

النوع الرابع: وهو استصحاب حكم الإجماع في محل الخلاف.

وصورته: أن يتفق على حكم في حالة فيتغير الحال، ويقع الاختلاف، فيستدل من لم يغير الحكم باستصحاب الحال.

مثاله: «ما» إذا استدل الشافعي على أن الخارج النجس من غير السبيلين لا ينقض الوضوء بالإجماع على أنه متطهر قبل هذا الخارج، ولو صلى حينئذ فصلاته صحيحة، فكذلك بعده، لأن الأصل في كل متحقق دوامه حتى يثبت معارض، والأصل عدمه[2].

وكذلك إذا استدل من يقول: إن المتيمم إذا رأى الماء في أثناء صلاته، لا تبطل صلاته[3]، بأن الإجماع منعقد على صحة صلاته ودوامها قبل ذلك. فيستصحب هذا الإجماع إلى أن يدل دليل على أن رؤية الماء مبطلة للصلاة[4].

فهذا النوع هو الذي يخالف أكثر الحنفية في اعتباره. وكذلك كثيرون من أصحابنا

---

(١) وتوجد آراء أخرى.. راجع تفاصيلها في البحر المحيط ٦/ ١٧-٢٠.

(٢) الآمدي ٤/ ١٨٥.

(٣) إذا رأى المصلي الماء أثناء صلاته، هل تبطل صلاته أو لا؟

قال النووي: : إن كان المصلي ممن تلزمه الإعادة ـ كمن صلى بالتيمم في الحضر أو من صلى بنجاسة عجز عن غسلها ـ بطلت صلاته على المذهب الصحيح. وفيه وجه ضعيف للخراسانيين: أنها لا تبطل محافظة على حرمتها ثم يعيدها.

وأمّا إذا كان ممن لا تلزمه الإعادة، كالمسافر سفراً طويلاً، فالصحيح المشهور أنه لا تبطل صلاته.

وقال الروياني: إن رآه بعد فراغه من تكبيرة الإحرام لم تبطل صلاته، وإن رآه بعد شروعه في التكبيرة وقبل فراغ التكبيرة بطل تيممه وصلاته.

قال النووي: وهو حسن فإنه لا يصير في الصلاة إلا بفراغه من التكبيرة. المجموع ٢/ ٣١١-٣١٢.

ثم قال: فإذا ثبت أنه لا تبطل صلاته برؤية الماء في أثنائها، فهل يباح الخروج منها أم يستحب أم يحرم؟ فيه أوجه: الصحيح الأشهر وقول أكثر الأصحاب أنه يستحب الخروج منها والوضوء للخروج من خلاف العلماء في بطلانها.

(٤) البحر المحيط ٦/ ٢١.

كابن سريج، والأستاذ أبي إسحاق[1]. والقفال[2]، وإمام الحرمين، والغزالي، والروياني، وحكاه عن نص الشافعي.

وقال أبو بكر الصيرفي[3] وغيره[4] من أصحابنا: هو حجة. وهو اختيارالآمدي[5]، وابن الحاجب[6]، والمقصود أن القول بالاستصحاب بالمعاني الأُوَلِ متفق عليه. ومن أطلق من أصحابنا القول: بأنه ليس حجة، كالأستاذ، وإمام الحرمين، والروياني، فمرادهم به هذا النوع الرابع. لأن الغزالي موافقهم على عدم القول به. وقد صرح في المستصفى بأن الأنواع الثلاثة الأول متفق على القول بها[7]. ومسائل المذهب طافحة بالترجيح بالأصل المستصحب إلى أن يتبين خلافه.

منها: إذا اختلف الزوجان في التمكين. فقالت: سلمت نفسي [إليك] من وقت كذا. وأنكر، فإن قلنا بالجديد، إن النفقة تجب بالتمكين. فالقول: قوله، لأن الأصل عدم التمكين، وعليها البينة، وهذا هو الأصح[8].

---

(١) الأستاذ أبو إسحاق: هو إبراهيم بن مهران الإسفراييني، الأصولي المتكلم، كان شيخ خراسان في زمانه، يقال: إنه بلغ رتبة الاجتهاد، من مصنفاته الجامع في أصول الدين خمس مجلدات وتعليقة في أصول الفقه، والرد على الملحدين، وغيرها، توفي سنة ٤١٨هـ، طبقات الشيرازي ص١٢٦، وطبقات الأسنوي ١/ ٥٩.

(٢) نسب إلى القفال علماء أجلاء لهم مكانة علمية، ولكن إذا أطلقت كلمة القفال، يراد بها عبد الله ابن أحمد بن عبد الله القفال الصغير المروزي. يقول النووي: وهذا المروزي هو المتكرر في كتب المتأخرين من الخراسانيين كالإبانة وتعليق القاضي حسين وكتاب المسعودي وكتب الشيخ أبي محمد الجويني وكتب الصيدلاني والغزالي والتتمة والعدة وأشباهها.
انظر تهذيب الأسماء واللغات القسم الأول ٢/ ٢٨٢، وإذا أريد الكبير قيد بالشاشي، مات رحمه الله سنة ٤١٧ هـ. انظر مقدمة المجموع ١/ ٧١، وانظر حيث ذكر الفرق في مقدمة حلية العلماء ١/ ٣٤-٣٥، تحقيق الدكتور ياسين أحمد إبراهيم درادكة.

(٣) أبو بكر الصيرفي: هو محمد بن عبد الله، الأصولي الفقيه، والصيرفي نسبة إلى من يصرف الدنانير والدراهم، كان من أعلم الناس بالأصول بعد الشافعي، له مصنفات منها: شرح الرسالة، وكتاب الإجماع. توفي سنة ٣٣٠هـ، تهذيب الأسماء واللغات ٢/ ١٥٣، وطبقات السبكي ٢/ ١٦٩.

(٤) كالمزني، وابن سريج، وابن خيران، وأبي الحسين القطان. الآمدي ٤/ ١٧٢، والبحر المحيط ٦/ ٢٢.

(٥) المصدر السابق.

(٦) منتهى الوصول ٢/ ٢٨٥.

(٧) المستصفى ١/ ٢٢٣.

(٨) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٢١.

وإن قلنا بالقول الآخر، إن النفقة تجب بالعقد، فالقول: قولها، لأن الأصل استمرار ما وجب بالعقد، وهو يدعي السقوط[1].

ومنها: إذا ولدت المرأة وطلقها الزوج، ثم اختلفا، فقال الزوج: طلقتك بعد الولادة فلي الرجعة[2]، وقالت هي: بل قبل الولادة، فلا رجعة[3]، ولم يعينا وقتاً للولادة ولا للطلاق، فالقول قول الزوج، لأن الأصل بقاء سلطنة النكاح.

فإن اتفقا على يوم للولادة، كيوم الجمعة مثلاً، وقال هو: طلقتك يوم السبت، وقالت: بل يوم الخميس، فالقول قوله، لأن الأصل استمرار النكاح يوم الخميس وعدم الطلاق.

وإن اتفقا على يوم الطلاق، واختلفا في وقت الولادة، فقالت هي: بعد الطلاق، وقال الزوج: قبله، فالقول قول الزوجة، لأن الأصل عدم الولادة يوم الخميس.

ومنها: لو أسلم إليه في لحم فجاء به، فقال المسلم: هذا لحم ميتة، أو مذكي[4] مجوسي، وأنكر المسلم إليه، فالقول قول المسلم القابض، لأن الشاة في حال حياتها محرمة، فيتمسك بأصل التحريم إلى أن يتحقق زواله.

وكذلك: لو اشترى إصبعاً[5] من ماء بئر فيه قلتان[6] فصاعداً، فقال المشتري: أرده

---

(١) النفقة لا تجب إلا بالعقد والتمكين، فهي لا تجب بالعقد وحده، لأن رسول الله ﷺ تزوج من عائشة رضي الله عنها ودخل بها بعد سنتين، فما أنفق عليها حتى دخل بها، ولسقوط النفقة بالنشوز، وكذلك لا تجب النفقة بمجرد الاستمتاع، لأن الموطوءة بشبهة لا نفقة لها، وكذلك لا تجب بالعقد والاستمتاع، لأنها لو مكنت من نفسها بعد العقد وجبت لها النفقة وإن لم يستمتع بها. الحاوي ١٥/ ٢٩.

(٢) أي: إرجاعها تحت عصمته بدون عقد ومهر جديدين، وذلك لأنها مطلقة بعد الدخول بلا عوض، ولاستيفاء عدد الطلقات. الروضة ٨/ ٢١٤.

(٣) وذلك لانقضاء العدة بالولادة.

(٤) الذكاة: هي الذبح. لسان العرب ١/ ١٠٧٣ مادة (ذكا)، ومعجم لغة الفقهاء ص٢١٤.

(٥) إصبعاً من الماء: أي شراباً من الماء. يقال: صبع الإناء يصبعة، إذا كان فيه شراباً. لسان العرب ٢/ ٤٠٦ والإصبع مقياس للأطوال مقداره ست شعيرات = ١,٩٢٥ سنتمتراً. معجم لغة الفقهاء ص٧٠.

(٦) القلة: الجب الكبير، وقيل: هو إناء للعرب، كالجرة الكبيرة، وروي عن ابن جريج قال: خبرني من رأى قلال هجر، تسع القلة منها الفرق، قال عبد الرزاق الفرق: أربعة أصوع بصاع سيدنا رسول الله ﷺ.
قال أحمد بن حنبل: قدر كل قلة قربتان، والقلتين نحو أربعين دلواً، وسميت قلة لأنها تقل: أي ترفع إذا ملئت وتحمل. انظر لسان العرب ٣/ ١٥٤-١٥٥ مادة (قلل). =

بعيب القذارة، وأنكر ذلك الدافع، فالقول: قوله، لأن الأصل طهارة الماء.

ومنها: إذا أكل الكلب المعلم من الصيد، لم يحرم ما مضى من صيده[على الأصح](١)(٢)، استصحاباً للحل الثابت قبل الأكل.

ومنها: أنه لا يقضى على الناكل بمجرد نكوله، بل تعرض اليمين على المدعي، لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه، فلا يبطل ذلك بمجرد نكوله حتى تعتضد بيمين المدعي.

ومنها: إذا ادعى اثنان كل منهما ملك دار بكمالها، وهي في يد ثالث يدعي ملكها. وأقام كل من المدعيين بينة بذلك، تعارضت البينتان وتساقطتا، وبقيت في يد الثالث. استصحاباً لليد، وإن لم تقم له بينة.

ومنها: إذا اختلفا في قيمة المتلف حيث تجب قيمته على متلفه كالمستعير، والمستام، والغاصب، والمودع المتعدي، فالقول: قول الغارم، لأن الأصل براءة ذمته مما زاد، فيستصحب ذلك الأصل إلى أن يثبت خلافه بطريق شرعي يترجح عليه.

إلى غير ذلك من الصور الكثيرة التي لا تنحصر.

ومن خالف في بعض المسائل فليس ذلك إبطالاً لأعمال الأصل، بل لمعارضة أصل آخر راجح عليه، أو معارضة ظاهر ترجح.

فمن تعارض الأصلين، ما إذا وقع في ماء نجاسة لم تغيره، وشك هل هو قلتان؟ أو أقل؟ ففيه وجهان:

= وقال النووي: القلتان خمسمائة رطل عند جميع أصحابنا. المجموع ١/ ١٢٠.

وبيان مقدارها بالمساحة أن تقول: إذا كان محلها مربعاً فضابطه: أن يكون ذراعاً وربعاً بذراع الآدمي طولاً، وعرضاً، وعمقاً. وإذا كان محلها مدوراً كفم البئر فضابطه: أن يكون ذراعاً عرضاً، وذراعين ونصفاً عمقاً. وإذا كان محلها مثلثاً فضابطه: أن يكون ذراعاً ونصفاً عرضاً، وذراعاً ونصفاً طولاً وذراعين عمقاً. الأنوار الساطعة للشيخ أحمد السوسي ص٢٨٤- ٢٨٥.

وقد قدر الشيخ محمد أديب كلكل القلتين وزناً بـ(١٩٢,٨٥٧)كغم، وقدرهما الشيخ عبدالعزيز عيون السود أمين بـ (١٦٢)كغم. الفقه المبسط ص٣٢ لمحمد أديب كلكل - الطبعة الأولى - مكتبة دار الدعوة حماة ١٣٨٩هـ- ١٩٦٩م.

وقدرت في معجم لغة الفقهاء ص٣٦٨ بـ(١٦٠,٥) لتر.

(١) الحاوي ١٩/ ١١.

(٢) الزيادة من ج.

أحدهما: وبه جزم الماوردي[1] وآخرون: بنجاسته، لأن الأصل عدم بلوغه قلتين.

والثاني: قال في الروضة[2]: وهو الصواب، طهارته، لأنها الأصل. وشككنا في تأثره بالنجاسة، والأصل عدم ذلك[3].

ومنها: إذا أدرك المسبوق الإمام وهو راكع، وشك هل فارق حد الركعتين قبل ركوعه أم لا؟ قولان:

أحدهما: أنه مدرك، لأن الأصل بقاء الركوع.

والثاني: لا، لأن الأصل عدم الإدراك، وهو الأصح.

ومنها: إذا غاب العبد وانقطعت أخباره، ففي فطرته قولان:

أحدهما: تجب، لأن الأصل بقاء حياته.

والثاني: لا، لأن الأصل براءة ذمة السيد، والأول أصح، لرجحان ذلك الأصل، ولأنه ثبت اشتغال ذمة السيد قبل غيبة العبد بفطرته. فلا يزول هذا إلا بيقين موته.

ومنها: جواز عتقه عن الكفارة، فيه هذا الخلاف بعينه، لأن الأصل بقاء العبد، والأصل اشتغال ذمة السيد بالكفارة، فلا تبرأ إلا بيقين، لكن الأصح هنا عدم الإجزاء، ترجيحاً لهذا الأصل الأخير.

ومنها: إذا تنازعا في تخمير العصير المشروط رهناً[4] في بيع. فقال الراهن: تخمر عندك. وقال المرتهن: بل سلمته إلي بعد ما تخمر عندك، فلي الخيار في فسخ البيع، وفيه قولان:

ينظر في أحدهما إلى أصل بقاء البيع، وفي الآخر إلى أصل عدم القبض

---

(١) الحاوي ١/٤١٨، والروضة ١/١٩.

(٢) الروضة: كتاب في فروع الشافعية، واسمه الكامل ـ روضة الطالبين وعمدة المفتين ـ للإمام النووي ـ وهي مختصر لشرح الوجيز للرافعي، وعليها زوائد للنووي. كشف الظنون ١/ ٩٢٩.

(٣) الروضة ١/١٩.

(٤) شروط المرهون ثلاثة:

١- كونه عيناً، فلا يصح رهن المنفعة.

٢- صلاحية المرتهن لثبوت اليد عليه، فلا يصح رهن العبد المسلم. ولا مصحفٍ عند كافر، أو سلاح عند حربي، وهذا الشرط مختلف فيه.

٣- كون العين قابلة للبيع عند حلول الدين. الروضة ٤/ ٣٩-٤٠.

الصحيح[1] ومنها: لو كان العصير هو المبيع، وتخمر، فقال البائع: عندك صار خمراً، وقال المشتري: بل كان عندك خمراً، فقولان أيضاً:

والأصح: أن القول قول البائع، ترجيحاً لأصل استمرار البيع، وكذلك المسألة التي قبلها.

ومنها: إذا رأى المبيع قبل العقد، وهو مما يحتمل تغيُّره. ثم اختلفا بعد العقد، فقال البائع: هو بحاله، وقال المشتري: بل تغير، فوجهان:

أحدهما: أنَّ القول قول البائع، لأن الأصل عدم التغير.

وأصحهما: أنَّ القول قول المشتري، لأن البائع يدعي عليه الاطلاع على المبيع على هذه الصفة، والمشتري ينكر ذلك.

وبهذا يحصل الفرق بين هذه المسألة، واللتين قبلها، مع أن الأصل عدم القبض الصيحيح.

ومنها: إذا سلم الدار المستأجر، ثم ادعى المستأجر أنها غصبت، فالأصح أن القول قول المكري، لأن الأصل عدم الغصب. ووجه الآخر: أنَّ الأصل عدم الانتفاع، لكن يعتضد ذلك الأصل بأن بعد التسليم بقي الأصل ووجوب الأجرة عليه إلى أن يتبين ما يسقطه.

ومنها: إذا شك في انقضاء الحولين للطفل، فارتضع خمس رضعات، فوجهان:

أحدهما: أنه يحرم، لأن الأصل بقاء الحولين[2].

والثاني: المنع، لأن الأصل عدم التحريم، ورجحه الغزالي[3]، وفيه نظر[4]، لأنه إذا اجتمع المبيح والمحرم، فجانب المحرم أولى بالتقديم.

ومنها: إذا قد[5] ملفوف بنصفين. فادعى الولي أنه حي، وطلب القصاص. وزعم القاد أنه ميت. ففيه قولان:

---

(١) الروضة ٤/ ١٢٥.

(٢) وهذا الرأي محكي عن الصيمري. الروضة ٩/ ٩٠.

(٣) الوجيز ٢/ ١٠٦ وصححه النووي في الروضة ٩/ ٩٠.

(٤) قول المصنف: (فيه نظر) يحتاج إلى وقفة، فهو قد احتج بالقاعدة الفقهية المعروفة (إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام)، والاحتجاج بها هنا في غير موضعه، لأن تقديم الحرام إنما يكون إذا كان متيقناً. أما إذا كان مشكوكاً فيه، فالشك لا يبنى عليه حكم.

(٥) القد: هو القطع. لسان العرب ٣/ ٢٨.

أحدهما: (أن) القول: قول القاد. لأن الأصل براءة الذمة.

والثاني: القول: قول الولي، لأن الأصل بقاء حياة المقدود، وهذا هو الأظهر، عملاً باستصحاب حكم الحياة[١].

وفيه قول ثالث اختاره إمام الحرمين: وهو الفرق بين ما إذا كان المقدود في ثياب الأحياء. أو في ثياب الأموات[٢]، وهو إعمال الظاهر مع الأصل، فترجح قول من دل حال الثياب على صدقه.

وهذا من قسم سيأتي[٣] مفرداً، وهو ترجيح أحد الأصلين بظاهر يعتضد به، أو ترجيح أحد الظاهرين بأصل يعضده، وستأتي[٤] مسائل من هذا النوع إن شاء الله، لكن يرد على قول الإمام هنا، أنه لا يلزم أن يكون الميت غالباً في الكفن، بل لعله مات ولم يغسل بعد، فاستمر في ثياب الأحياء، فلا ترجيح بهذه.

ومن هذا النوع من المسائل الخلافية: ما إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث، فالشافعي وجمهور العلماء، يعملون أصل الطهارة، وإذا صلى كذلك سقط الفرض عنه[٥].

والمالكية يرون وجوب الوضوء عليه إعمالاً لأصل آخر، وهو ترتب الصلاة في ذمته. فلا تسقط إلا بطهارة متيقنة[٦].

والراجح القول الأول، عملاً بمقتضى الحديث المتقدم[٧].

قال أبو العباس ابن القاص ـ رحمه الله ـ: كل من شك في شيء هل فعله أم لا؟ فهو غير فاعل في الحكم.

ولا يزال اليقين بالشك إلا في إحدى عشرة مسألة[٨]:

---

(١) المهذب للشيرازي ٢/ ٢١٥ طبعة عيسى البابي ـ مصر.

(٢) الروضة ٩/ ٢٠٩.

(٣) ص(١٠٦).

(٤) ص(١٠٦).

(٥) فتح العزيز ٢/ ٨٥، والمجموع ٢/ ٦٣.

(٦) بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ٢/ ٦٣.

(٧) وهو قوله ﷺ: (إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً.. إلخ الحديث) ص(٧٩).

(٨) ذكر هذه المسائل في كتاب التلخيص. المجموع ١/ ٢١١.

إحداها: إذا شك ماسح الخف. هل انقضت المدة أم لا؟

الثانية: إذا شك هل مسح في الحضر أم في السفر؟ يحكم في المسألتين بانقضاء المدة، وإن كان الأصل بقاءها، وعدم انقضاءها.

الثالثة: إذا شك المسافر، هل نوى الإقامة أم لا؟ لم يترخص، مع أن الأصل عدم نية الإقامة.

الرابعة: إذا أحرم بنية القصر خلف من لا يدري أمسافر هو أم مقيم؟ لم يجز له القصر.

الخامسة: المستحاضة المتحيرة[1] يلزمها الغسل عند كل صلاة تشك في انقطاع الدم قبلها، مع أن الأصل عدم انقطاعه.

السادسة: من به سلس البول، أو سلس الاستحاضة، إذا توضأ ثم شك، هل انقطع حدثه أم لا؟ فصلى بطهارته لم يصح، بل لا بد من طهارة أخرى، مع أن الأصل بقاء السلس.

السابعة: إذا تيمم ثم رأى شيئاً لا يدري أسراب[2] هو أم ماء؟ يبطل تيممه. مع أن الأصل عدم كونه ماءً.

الثامنة: إذا رمى صيداً فجرحه، ثم غاب عنه، ثم وجده ميتاً، وشك هل مات بسبب آخر من حجر أو غيره؟ لم يحل أكله في أحد القولين. مع أن الأصل عدم ذلك الشيء الآخر.

التاسعة: بال حيوان في ماء كثير. ثم لما وصل إليه وجده متغيراً. ولم يدر أتغير بالبول أم بغيره؟ فهو نجس. نص عليه الشافعي، مع أن الأصل عدم تغيره بالبول.

العاشرة: من أصابته نجاسة في بدنه، أو ثوبه، ولم يعرف موضعها. يلزمه غسله كله. مع أن الأصل في غير ذلك الموضع من البدن والثوب الطهارة.

الحادية عشرة: إذا شك المسافر، هل وصل بلده أم لا؟ لم يجز له القصر، ولا غيره من رخص السفر، مع أن الأصل بقاء السفر، وعدم وصوله إلى الوطن.

---

(١) المتحيرة: هي المرأة التي لا عادة لها لأيام الحيض، ولا تمييز لها لدم الحيض عن غيره، أو التي نسيت أيام حيضها أو وقته. مغني المحتاج ١/١١٦، ومعجم لغة الفقهاء ص٤٠٢.

(٢) السراب: هو الذي يكون نصف النهار لاطئاً في الأرض كأنه ماء جار. لسان العرب ٢/١٢٦ مادة (سرب).

هذا ملخص المسائل التي استثناها ابن القاص.

وزاد إمام الحرمين ـ رحمه الله ـ مسألة أخرى، وهي: ما إذا شكوا في انقضاء وقت الجمعة، فإنه يلزمهم الظهر، ولا تجزئهم الجمعة، مع أن الأصل بقاء الوقت(١).

وزاد الشيخ محيي الدين(٢) ـ رحمه الله ـ مسألتين أخريين:

إحداهما: إذا توضأ ثم شك بعد الفراغ منه، هل مسح رأسه أم لا؟ فيه وجهان:

أصحهما: صحة وضوئه، مع أن الأصل عدم المسح.

وثانيتهما: إذا سلم من صلاته، ثم شك هل صلى ثلاثاً أو أربعاً؟ فالصحيح الذي قطع به العراقيون أنه لا أثر لهذا الشك، ومضت صلاته على الصحة، وإن كان الأصل عدم فعل الركعة الرابعة.

قال: ولا يقال المسألتان داخلتان في القاعدة لأنه شك هل ترك أم لا؟ والأصل عدم الترك، لأنا نقول: الترك عدم، وهو باق على ما كان، وإنما المشكوك فيه الفعل، والأصل عدمه، ولم يعمل بالأصل(٣).

والتحقيق أن هذه المسائل كلها، ليست مستثناة من القاعدة بغير سبب، بل إنما ترك الأصل المستصحب فيها، لمعارضة أصل آخر راجح عليه، أو ظاهر ترجح إعماله على إعمال الأصل.

فالمسألة الأولى، والثانية، إنما لزم فيهما غسل الرجل، لأنه الأصل، والمسح رخصة مشروطة بشرط، فما لم يتحقق الشرط المجوز للمسح، يرجع إلى الأصل، وهو غسل الرجل.

وأما مسائل المسافر الثلاث، فهي مبنية على قاعدة للشافعي رضي الله عنه، من أن

---

(١) ذكر النووي في هذه المسألة تفصيلاً، وهو: أنهم إذا شكوا في خروج وقتها أي الجمعة فإن كانوا لم يدخلوا فيها لم يجز الدخول فيها باتفاق الأصحاب، لأن شرطها الوقت ولم يتحقق. فلا يجوز الدخول مع الشك في الشرط. وإن دخلوا فيها في وقتها ثم شكوا قبل السلام في خروج الوقت؟ فوجهان: الصحيح: أنهم يتمونها جمعة، والثاني يتمونها ظهراً.
أما إذا صلوا الجمعة، ثم شكوا بعد فراغها هل خرج وقتها قبل الفراغ منها، فإنه تجزئهم الجمعة بلا خلاف، لأن الأصل بقاء الوقت. المجموع ٤/ ٥٠٩.

(٢) أي النووي.

(٣) المجموع ١/ ٢١٣.

الأصل الإتمام، والقصر رخصة مشروطة بشرط، فما لم يتحقق الشرط، لا يجوز الترخص، كما في ماسح الخف[1].

وأما المستحاضة المتحيرة، فلأن الأصل وجوب الصلاة عليها، ووجوب الغسل عن الحيض، الذي تحقق وجوده بعد انقطاعه، فمتى صلت بلا غسل، لم تستيقن البراءة من الصلاة.

وكذلك القول في صاحب السلس، فإنه لا تحل له الصلاة مع الحدث إلا للضرورة، فإذا شك في انقطاع الحدث، فقد شك في السبب المجوز للصلاة مع الحدث، فيرجع إلى أصل وجوب الصلاة بطهارة كاملة.

وأما المتيمم إذا رأى السراب، فلأنه توجه عليه حينئذ الطلب للماء. وإذا توجه الطلب، بطل التيمم.

وأما مسألة الصيد على القول بالتحريم، فلأن الأصل عدم الحل. وقد شك في السبب المجوز للأكل، فلم يزل هذا الأصل إلا بيقين الحل، وعلى القول الآخر، وهو أن الأصل عدم فعل آخر يكون سبباً لموت هذا الحيوان، فهذه من نوع المسائل المتقدمة، التي تعارض فيها أصلان.

وكذلك مسألة الجمعة، التي ذكرها الإمام، فإن فيها وجهاً أنه يصلي الجمعة، لأن الأصل بقاء الوقت، لكن المذهب أنه لا يصلي إلا الظهر، لأنها الأصل، ولا تصح الجمعة إلا بشروط، منها الوقت، وإذا لم يكن متحققاً، يرجع إلى الأصل، وهو الظهر.

وكذلك من لم يعرف موضع النجاسة من ثوبه وبدنه، فإن البراءة بيقين هنا، متوقفة على غسله كله، فما لم يغسله كله، لا يتيقن تطهير النجاسة، ففي ذلك إعمال لأصل تحقق النجاسة، وأنها لا تزال إلا بيقين مثلها كما تقدم فيمن فاتته صلاة ولم يعرف عينها، أنه لا تبرأ ذمته إلا بقضاء الصلوات الخمس، وإن كان الأصل في كل واحدة أنها لا تجب عليه.

وأما بقية المسائل المتقدمة، فإنما ترك فيها الأصل لمعارضة ظاهر ترجح عليه.

وهذا هو القسم الثاني الذي ترك فيه إعمال الأصل المستصحب لمعارضة ظاهر ترجح عليه.

---

(١) الأم ١/٢٠٧-٢٠٨.

وقد قال القاضي حسين، والمتولي، وأبو سعيد الهروي وغيرهم: كل مسألة تعارض فيها أصل وظاهر. ففيها قولان[1]:

وأنكر المحققون[2] هذا الإطلاق. فإن من المسائل ما عمل فيها بالظاهر بلا خلاف، كشهادة عدلين بشغل ذمة المدعى عليه، فإن هذا الظاهر مقدم على أصل براءة الذمة بالإجماع[3]، وكذلك لو عارضه ما يخدش فيه، مثل كون الشاهدين عدوين للمشهود عليه، أو أصلين للمشهود له، أعمل أصل براءة الذمة.

وكذلك إذا أخبر ثقة بنجاسة ماء، وهو موافق في المذهب، أو عين تلك النجاسة، فإن ذلك الظاهر، مقدم على أصل طهارة الماء قطعاً.

ومنها: بقية المسائل المتقدمة، كمسألة بول الظبية[4] التي ذكرها ابن العاص، فإن الشافعي رضي الله عنه أعمل الظاهر فيها[5]، وهو بول الحيوان المشاهد، وأسند التغير إليه، مع أنَّ الأصل طهارته، ولكنه بعد التغير احتمل أن يكون ذلك بطول المكث، وأن يكون بذلك البول.

وإحالته على البول المتيقن أولى من إحالته على طول المكث، فإنه مظنون، فقدم الظاهر على الأصل على أن في المسألة وجهاً آخر[6] ذكره في الروضة، أنه طاهر، إعمالاً للأصل[7].

وأما مسألتا المتوضئ والمصلي، إذا شك كل منهما بعد الفراغ في ترك شيء من الأركان. ففيهما خلاف أيضاً. وإنما ترك على الراجح من المذهب إعمال الأصل فيهما، لمعارضة الظاهر المترجح عليه، فإن الظاهر من أفعال الإنسان أن تكون على الكمال، ترك هذا فيما إذا شك في ذلك، وهو متلبس بالصلاة أو الوضوء، للأحاديث

---

(١) المجموع ١/٢٠٦.

(٢) كالنووي. المجموع ١/٢٠٦.

(٣) المصدر السابق.

(٤) مسألة بول الظبية: المقصود بها ما إذا رؤيت الظبية تبول في الماء الكثير، فالأصل عده طاهراً، وإذا رؤي الماء متغيراً ببولها، فالظاهر يقتضي أنه نجس، والعمل بالظاهر لقوته باستناده لمعين مع ضعف احتمال خلافه. المجموع ١/٢١١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص١٤١ هامش ١.

(٥) الأم ١/٢٥.

(٦) وهو: إن كان عهده عن قرب غير متغير فهو النجس، وإن لم يعهده أصلاً، أو طال عهده، فهو طاهر لاحتمال التغير بطول المكث. الروضة ١/٣٨.

(٧) المصدر السابق.

الدالة على الأخذ باليقين فيها، أو بالاجتهاد على اختلاف المذهبين، فيبقى ما عداه على حكم هذا الظاهر، وقد اتفق الأصحاب على أنه لو سلم فرأى على ثوبه نجاسة لا يعفى عن مثلها، واحتمل مقارنتها بجزء من الصلاة، أو حدوثها بعدها، أنه مضت صلاته على الصحة، ولا يلزمه إعادتها، قالوا: لأن الأصل عدم النجاسة، وعدم مقارنتها للصلاة، على أنه يحتمل أن يقال: بحدوث النجاسة، وقع الشك في انعقاد الصلاة، والأصل عدمه، وبقاؤها في ذمته حتى يتيقن صحتها، لكنهم لم يعتبروا ذلك، بل رجحوا ذلك الأصل بما تقدم من أن الظاهر صحة أعمال المكلف، وجريانها على الكمال.

فهذه المسائل وما أشبهها، عمل فيها بالظاهر، ورجح على الأصل[1].

ومما أعمل فيه الأصل ورجح على الظاهر[2]، ما إذا مضت على المتبايعين مدة يغلب على الظن فيها أنهما لا يبقيان جميعاً. ثم ادعى أحدهما التفرق، وأنكر الآخر، فإنه يقدم قول المنكر، استصحاباً للأصل في بقائهما وعدم التفرق. قطعوا بذلك مع أنها على خلاف الظن القوي.

واستشكل الرافعي ذلك، وقال: لا يبعد تخريجها على القولين. يعني في المسائل اللاتي ذكرها.

وكذلك إذا ادعت الرجعية امتداد الطهر مدة طويلة، وعدم انقضاء العدة، قالوا: يقبل قولها، لأن الأصل بقاء العدة، وتثبت النفقة لها، وربما كان ذلك على خلاف الظاهر القوي.

وكذلك قالوا: فيما إذا طلبت النفقة عن مدة ماضية طويلة مع اجتماعها فيها بالزوج، إنَّ القول قولها في عدم النفقة، مع أن الظاهر يقتضي أنه لا يتركها هذه المدة بغير نفقة، لا سيما مع يساره، لما جرت عادة الناس به، ولهذا اعتبر مالك رحمه الله هذا الظاهر، وجعل القول قول الزوج[3]، وقال الأصحاب فيمن ظن أنه طلق، أو أعتق، أو أحدث: إنَّهُ يعمل بالأصل المستصحب. ويلغي ظنه، وإن استند إلى ظاهر[4].

---

(١) وضابط ترجيح الظاهر على الأصل: هو أن يستند على سبب منصوب شرعاً. الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٤١.

(٢) وضابط ذلك: أن يعارض الأصل احتمال مجرد. الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٤١.

(٣) المدونة الكبرى ٢/ ١٩٢ للإمام مالك بن أنس الطبعة الأولى المطبعة الخيرية سنة ١٣٢٤هـ.

(٤) المجموع ١/ ٢٠٦.

إلا أن الرافعي، اختار في أنه إذا تيقن الحدث وظن الطهارة أنه يعمل بالظن[1]، وهو خلاف المشهور.

قال الشيخ محيي الدين رحمه الله: في قول أصحابنا: اليقين لا يزال بالشك.

اعلم أن مراد الفقهاء بالشك، في الماء، والحدث، والنجاسة، والصلاة، والعتق، والطلاق، وغيرها هو: التردد بين وجود الشيء وعدمه، سواء كان الطرفان في التردد سواءً، أو أحدهما راجحاً، فهذا معناه في استعمال الفقهاء، وكتب الفقه.

أما أصحاب الأصول: فإنهم فرقوا بين ذلك. وقالوا: التردد بين الطرفين، إن كان على السواء، فهو الشك. وإن كان أحدهما راجحاً، فالراجح ظن، والمرجوح وهم. انتهى كلامه[2].

وقد قسم الشيخ أبو حامد الإسفراييني رحمه الله، الشك على ثلاثة أضرب:

شك طرأ على أصل حرام.

وشك طرأ على أصل حلال.

وشك لا يعرف أصله.

فالأول: مثل أن يجد شاة في بلد فيها مسلمون ومجوس، فلا تحل حتى يعلم أنها ذكاة مسلم، لأن أصلها حرام، وشككنا في الذكاة المبيحة، فلو كان الغالب فيه المسلمون، جاز الأكل عملاً بالغالب المقيد للظهور.

والثاني: مثل أن يجد ماءً متغيراً، واحتمل تغيره بنجاسة، أو بطول مكث، يجوز التطهر به عملاً بأصل الطهارة.

والثالث: مثل معاملة من أكثرُ ماله حرامٌ، ولم يتحقق أن المأخوذ من ماله عين الحرام، فلا تحرم مبايعته، لإمكان الحلال، وعدم تحقق التحريم، ولكن يكره خوفاً من الوقوع في الحرام[3]. انتهى كلامه.

وأما ما تعادل فيه الأصل والظاهر، فالخلاف جار فيه: وهو المراد بقول القاضي حسين ومن تبعه[4].

---

(١) فتح العزيز ٢/ ٨٥.

(٢) المجموع ١/ ١٦٨.

(٣) المنثور في القواعد للزركشي ٢/ ٢٨٧.

(٤) قولهم: هو (كل مسألة تعارض فيها أصل وظاهر ففيها قولان) وقد تقدم ص٨٤.

والترجيح يقع تارة بقوة اعتبار الأصل، وتارة بقوة الظاهر عليه، وأخرى لأمر خارجي يعتضد به أحدهما.

وذكر بعضهم: أن الأصح في معظم المسائل الأخذ بالأصل، واستدل له الرافعي، والنووي[1]، بأنه ﷺ صلى وهو حامل أمامة[2] ابنة ابنتهزينب[3] رضي الله عنهما[4]، وكانت بحيث لا تحترز عن النجاسات.

وفي الاستدلال بهذه نظر، فإنها واقعة عين، فلعله ﷺ علم طهارة بدنها، وثيابها، في ذلك الوقت، ومجرد هذا الاحتمال كاف في المنع من القول بعموم الأحوال، كما سيأتي بيانه[5] إن شاء الله تعالى عند ذكر الكلام في الفرق بين ترك الاستفصال، ووقائع الأعيان.

والمسائل المختلف فيها بالنسبة إلى تعارض الأصل والظاهر كثيرة جداً.

منها: ما لا يتيقن نجاسته لكن يغلب في مثله النجاسة، فهل يستصحب طهارته أم يؤخذ بنجاسته؟

فيه قولان: وذلك في صور:

منها: المقبرة المشكوك في نبشها، والمنبوشة حيث لا تتحقق النجاسة.

ومنها: أواني الكفار المتدينين باستعمال النجاسة، كالمجوس، ومن لا يتدين منهم، لكن ينهمكون في مباشرة النجاسة، كالنصارى في الخمر والخنزير.

---

(١) المجموع ١/ ٢٠٩.

(٢) هي أمامة بنت أبي العاص، بنت زينب بنتِ رسول الله ﷺ، تزوج بها علي بن أبي طالب كرم الله وجهه في خلافة عمر رضي الله عنه، وعاشت بعده حتى تزوج بها المغيرة بن نوفل، فتوفيت عنده في زمن معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه، ولم ترو شيئاً. سير أعلام النبلاء للذهبي ١/ ٢٤٢، والإصابة ٤/ ٢٣٦.

(٣) زينب بنت رسول الله ﷺ وهي أكبر بناته، وأول من تزوجت منهن، تزوجها ابن خالتها أبو العاص بن الربيع. هاجرت إلى المدينة مع والدها قبل أن يسلم زوجها، وعندما أسلم ردها عليه رسول الله ﷺ بالنكاح الأول. توفيت سنة ٨هـ. الإصابة ٤/ ٣١٢.

(٤) ونص الحديث أخرجه البخاري ومسلم، عن أبي قتادة الأنصاري أن رسول الله ﷺ كان يصلي وهو حامل أمامة بنت زينب بنت رسول الله ﷺ ولأبي العاص بن ربيعة بن عبد شمس، فإذا سجد وضعها، وإذا قام حملها. صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١/ ٥٩٠، وصحيح مسلم بشرح النووي ٥/ ٣١.

(٥) ص(٦١١).

ومنها: ثياب مدمن الخمر، ومن يغلب عليه مخامرة[1] النجاسة من المسلمين، كالقصابين.

ومنها: طين الشوارع في البلدان حيث لا تتيقن النجاسة.

فالأصح في جميع هذه الصور، القول بالطهارة استصحاباً للأصل، وتقديماً له على الظاهر. وهو مذهب أبي حنيفة في بعض الصور[2].

وقال مالك: بالنجاسة في الجميع، ترجيحاً للظاهر الغالب على الأصل[3].

ومنها: إذا تنحنح الإمام، فظهر منه حرفان فهل يلزم المأموم المفارقة بناءً على أن صلاة الإمام بطلت أم لا؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، إعمالاً للظاهر الغالب المقتضي بطلان الصلاة.

وأصحهما: لا، لأن الأصل بقاء صلاته، ولعله معذور في التنحنح فلا يزال الأصل إلا بيقين.

ومنها: إذا قال رب الدابة: أجرتكها بكذا، فعليك الأجرة، وقال الراكب: بل أعرتني فقولان:

أحدهما: أن القول قول الراكب، لأن الأصل براءة ذمته من الأجرة، وصححه الهروي في الإشراف[4].

والثاني: وهو الذي صححه الجمهور، أن القول قول المالك، إذا مضت مدة لمثلها أجرة. والدابة باقية، لأن الظاهر يقتضي الاعتماد على قوله في الإذن، فكذلك في صفته[5].

---

(١) المخامرة: المخالطة والمقاربة. لسان العرب ١/ ٨٩٩.

(٢) كطين الشوارع، وغبار السرجين، وبخار نجس، وانتضاح غسالة لا تظهر مواقع قطرها في الإناء. الدر المختار بحاشية رد المحتار ١/ ٣٢٤-٣٢٥ لمحمد علاء الدين الحصكفي، الطبعة الثانية دار الفكر ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م.

(٣) أقرب المسالك إلى مذهب الإمالك مالك ١/ ٢٩.

(٤) الإشراف: كتاب لأبي سعد الهروي في شرح أدب القضاء لأبي عاصم العبادي الهروي المتوفى سنة ٤٥٨هـ وهو شرح مفيد في المذهب الشافعي بالغ الروياني في الاعتماد عليه. كشف الظنون ١/ ٤٧-١٠٣، والأعلام ٦/ ٢٠٩.

(٥) الحاوي ٨/ ٣٩٩.

ومنها: إذا قذف مجهولاً وادعى رقه، وأنكر المقذوف، فقولان:

أصحهما: أن القول قول القاذف، إذ الأصل براءة ذمته.

والثاني: قول المقذوف، لأن الظاهر الحرية، فإنها الغالب في الناس.

ومنها: إذا ارتدت المنكوحة بعد الدخول، ثم قالت في مدة العدة: أسلمت في وقت كذا فلي النفقة، وأنكر الزوج، ففيه قولان:

أحدهما: أن القول قول الزوج، لأن الأصل عدم الرجوع إلى الإسلام، وعدم وجوب النفقة، ورجحه في الإشراف.

والثاني: قول الزوجة، لأن الظاهر يقتضي الرجوع إليها في وقت الإسلام.

ومنها: إذا اشترى عبدين وتلف أحدهما في يده، أو باعه، ثم وجد بالآخر عيباً، فالصحيح أنه يرده، ويسترد من الثمن حصته.

فلو اختلفا في قيمة التالف، فادعى المشتري ما يقتضي زيادة الواجب على ما اعترف به البائع، فقولان:

أصحهما: وهو نصه في اختلاف[1] العراقيين، أن القول قول البائع، لأنه ملك جميع الثمن بالبيع، فلا رجوع عليه، إلا بما اعترف به.

والثاني: أن القول قول المشتري، لأنه تلف في يده، فاشبه الغاصب مع الملك إذا اختلفا في قيمة المغصوب، فالقول قول الغاصب الذي حصل الهلاك في يده[2].

ومنها: لو اختلفا في شرط يفسد العقد[3]، فقولان:

أحدهما: أن القول قول مدعيه، لأن الأصل عدم لزوم الثمن، وبقاء ملك البائع، وعدم العقد الصحيح.

والثاني: وهو الأصح أن القول قول من يدعي الصحة، عملاً بالظاهر[4].

قال الرافعي رحمه الله: الظاهر في العقود الصحة، وعدم الشرط المذكور[5].

---

(١) هو كتاب مطبوع مع كتاب الأم وقد ترجم له: كتاب ما اختلف فيه أبو حنيفة وابن أبي ليلى. وترجم له أيضاً: كتاب اختلاف العراقيين. وهو مؤلف من ٣٥ باباً.

(٢) الروضة ٣/ ٥٨٦.

(٣) كالبيع بشرط عدم التسليم أو على أن يخسر بالثمن.

(٤) بالأول قال البغوي، وبالثاني قال الغزالي والشيخ أبو حامد وابن الصباغ. فتح العزيز ٩/ ١٦٤.

(٥) المصدر السابق.

قلت: هذه من المسائل التي يترجح فيها أحد الأصلين المتقابلين بظاهر يعتضد به، لأن الأصل أيضاً عدم الشرط المفسد فعارض ذلك الأصل المقابل، واعتضد بالظاهر، وسيأتي[١] له أمثلة أخر.

ومنها: لو اختلفا بعد البيع في رؤية المبيع، فأنكرها المشتري وأثبتها البائع.

قال الغزالي في فتاويه[٢]: القول قول البائع، لأن المشتري له أهلية الشراء، وقد أقدم عليه[٣]، فالظاهر صحة العقد، وذكر الرافعي أنه لا ينفك عن الخلاف[٤]، وقد أثبت ابن أبي الدم[٥] في أدب القضاء[٦] له الخلاف فيه[٧]، لأن الأصل عدم الرؤية[٨].

ومنها: لو اختلفا بعد التفرق، فقال أحدهما: فسخت البيع قبل التفرق، وأنكر الآخر، فالأصح، أن القول قوله، لأن الأصل عدم الفسخ.

وقال صاحب التقريب: القول قول من يدعي الفسخ، لأنه أعلم بتصرفه، فالظاهر الرجوع إليه[٩].

ومنها: لو ادعى المديون أنه معسر، وأنكر الغريم، فإن لزمه الدين في مقابلة مال ـ كابتياع واستقراض ـ فلا يقبل قوله إلا ببينة، استصحاباً لبقاء ذلك المال، وإن لزمه لا في مقابلة مال. فثلاثة أوجه:

---

(١) ص(٩٧).

(٢) فتح العزيز ٨/ ١٦٠.

(٣) في النسخ توجد لفظة (يعني) بعد قوله: (عليه)، والظاهر أنها زائدة، لأنه لا معنى لها ولم ترد في فتح العزيز.

(٤) فتح العزيز ٨/ ١٦٠.

(٥) هو شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله الهمداني المعروف بابن أبي الدم، كان إماماً في المذهب الشافعي. ولد بحماة، ورحل إلى بغداد فتفقه بها وحدث بالقاهرة، من مصنفاته شرح مشكل الوسيط، وأدب القضاء، وكتاب في الفرق الإسلامية، توفي سنة ٦٤٢ هـ.
طبقات الأسنوي ١/ ٥٤٦، ومختصر في أخبار البشر لأبي الفداء ٣/ ١٨٢ القاهرة سنة ١٣٢٥هـ.

(٦) كتاب في أدب القضاء قيم ومفيد على المذهب الشافعي، وقد حققه الدكتور محيي هلال السرحان. وطبع سنة ١٩٨٤م على نفقة وزارة الأوقاف العراقية لجنة إحياء التراث الإسلامي.

(٧) أدب القضاء ٢/ ١٩٧.

(٨) والرأي الثاني: أن القول قول المشتري وهو الأظهر عند أبي الحسن العبادي كما لو اختلفا في اطلاعه على العيب. فتح العزيز ٨/ ١٥٩.

(٩) فتح العزيز ٨/ ٣٠٩.

أصحها: أنه يقبل قوله مع اليمين، لأن الأصل العدم.

والثاني: أنه لا بد من البينة، لأن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئاً.

والثالث: إن لزمه الدين باختياره ـ كالضمان، والصداق ـ لم يقبل إلا بالبينة، وإن لزمه لا باختياره ـ كَأَرْشِ[1] الجناية، وغرامة المتلف ـ قبل قوله مع اليمين، لأن الظاهر أنه لا يشغل ذمته، ولا يلتزم ما لا يقدر عليه[2].

وطريقة الغزالي، والشيخ عزالدين بن عبد السلام، أنه إن عهد له مال فلا يقبل إلا بالبينة، وإلا فالأوجه الثلاثة[3]، وتبعا في ذلك الإمام رحمه الله، وقد حكى هذه الطريقة عن الأصحاب.

وقد استشكل ابن عبد السلام كون الخلاف لم يَجِىءْ فيما إذا عرف له مال، وطالت المدة، وكان ضعيفاً عن الكسب، فإن الظاهر أنه ينفقَ ما عهدناه على نفسه وعياله، فكان ينبغي إذا مضت مدة تستوعب نفقتها المال الذي عهدناه أن لا نحبسه لمعارضة الظاهر، ثم قال: وهذا السؤال مشكل جداً، وهو ظاهر ولعل الله تعالى ييسر حله[4].

ومنها: لو امتشط المحرم فانفصلت من لحيته شعرات، ففيه وجهان، وحكاهما الإمام الغزالي قولين:

أصحهما: عدم وجوب الفدية، لأن النتف لم يتحقق، والأصل براءة الذمة.

والثاني: أنه تجب، لأن المشط سبب ظاهر، فيضاف إليه، كإضافة الإجهاض إلى الضرب[5].

ومنها: الخلاف في الدم الذي تراه الحامل في مدة الحمل، والأصح أنه حيض، لأن الأمر متردد بين كونه دم علة، أو دم جِبْلَةٍ، والأصل السلامة.

---

(١) الأَرْشُ: هو عبارة عن الشيء المقدر الذي يحصل به الجبر عن الفائت. المجموع ١٢/ ١٧٠.
أو هو المال الواجب في الجناية على ما دون النفس. لسان العرب ١/ ٤٦، والموسوعة الفقهية إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الدولة الكويتية ٣/ ١٠٤ الطبعة الأولى، ومعجم لغة الفقهاء ص٥٤.

(٢) الروضة ٣/ ١٣٧.

(٣) فتح العزيز ١٠/ ٢٢٧، وقواعد الأحكام ١/ ١٠١-١٠٢.

(٤) قواعد الأحكام ١/ ١٠١، والمنثور ١/ ٣٢١.

(٥) المجموع ٧/ ٣٥٣.

ووجه القول الآخر، أن الغالب في الحامل عدم الحيض[١].

ومنها: لو اتفق الراهن والمرتهن على جريان عقد الرهن، والمرهون في يد المرتهن. فادعى الراهن أنه لم يُقْبِضُه عن الرهن، بل قال: أعرتكه، أو أجرتكه مثلاً.

وقال المرتهن: قبضته عن الرهن، فالأصح المنصوص أن القول قول الراهن، لأن الأصل عدم اللزوم، وعدم الإذن في القبض.

ووجه القول الآخر: أن الظاهر قبضه عن جهة الرهن لتقدمها.

ومنها: إذا تَمَعَّطَ[٢] شعر الفأرة في البئر، قالوا: ينزح حتى يغلب على الظن خروج الشعر كله، فإن غلب على الظن بعد ذلك، أنه لا يخلو كل دلو عن شيء من النجاسة، لكنه لم يره ولا تيقنه.

قال الرافعي: فجواز الاستعمال على القولين في تعارض الأصل والغالب[٣].

ومنها: إذا كان فم الكلب رطباً، وأدخله في إناء، ولم يعلم هل ولغ أم لا؟

فالأصح طهارته، لأن الأصل عدم الولوغ، والآخر التنجس. قال النووي: وهو الظاهر[٤].

ومنها: إذا قطع لسان الصغير لما ولد، ولم تظهر أمارة صحة لسانه في النطق، ولا

---

(١) وهذا هو الأصح، بل الحامل لا تحيض أبداً كما يقول الطب الحديث، وذلك لأن سبب الحيض أن البيضة إذا استقرت في تجويف الرحم ولم تتلقح بالحيمن الذكري تهشمت بطانة الرحم التي تكونت بتأثير هرمون الاستروجين. وألقي بها مع البيضة إلى الخارج مع حوالي (٨٥٠) سيسي من الدم من خلال ٣-٥ أيام على شكل الدورة الشهرية الأساس في الفسلجة السريرية للمؤلف J-H-Green ص١٢٢ الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٥م - جامعة أكسفورد.

(٢) تمعط: أي سقط. لسان العرب ٢/ ٥٠٥ مادة (معط).

(٣) فتح العزيز ١/٢٢٣.

(٤) لم يكن شيخنا العلائي دقيقاً في النقل عن النووي في هذه المسألة، فالمسألة التي قال عنها النووي والتنجيس هو الظاهر. ما ذكره في المجموع ١/ ١٨٠، قال: (أدخل كلب رأسه في إناء وأخرجه، ولم يعلم هل ولغ فيه؟ قال صاحب الحاوي وغيره: إن كان فمه يابساً فالماء طاهر بلا خلاف، وإن كان رطباً فوجهان:
أحدهما: يحكم بنجاسة الماء، لأن الرطوبة دليل ظاهر.
وأصحهما: أن الماء باق على طهارته، لأن الطهارة يقين والنجاسة مشكوك فيها، ويحتمل كون الرطوبة من لعابه، وهذه المسألة تختلف عما ذكره شيخنا العلائي.

عدم ذلك، فالأصل براءة ذمة الجاني، والظاهر الصحة إلحاقاً للفرد بالأعم الأغلب.

وقد حكى الإمام: اتفاق الأصحاب على عدم وجوب الدية[١]، وحكى الرافعي الاتفاق على عكسه، قال: كما تجب الدية في يده ورجله وإن لم يكن بطش في الحال[٢].

ثم ذكر عن ابن كج[٣] أنه حكى عن أبي الحسين بن القطان[٤]: نقل قولين في المسألة[٥].

ومنها: إذا جومعت المرأة غير مكرهة ولا نائمة، وهي بالغ فقضت شهوتها، ثم اغتسلت. ثم خرج منها مني الرجل، فالظاهر خروج منيها معه، والأصل عدم ذلك[٦]. والأصح أنه يجب عليها الغسل ترجيحاً لإعمال الظاهر.

ومنها: إذا قلنا بالصحيح: إنه إذا انتبه ولم ير إلا الثخانة والبياض، إنّهُ لا غسل عليه، ولو غلب على ظنه أنه مني؛ لأن الوَدْيَ لا يليق بصاحب الواقعة، أو لتذكر وقاع تخيله.

قال الإمام: يجوز أن يقال: يستصحب يقين الطهارة، ويجوز أن يحمل الأمر على غالب ظنه[٧].

قال الرافعي: والاحتمال الأول، أوفق لكلام المعظم[٨].

---

(١) الدية: هي المال الواجب بجناية الحر في نفس أو فما دونها. الروضة ٩/ ٢٧٥، ومغني المحتاج ٤/ ٥٣، ونهاية المحتاج للرملي ٧/ ٢٩٨ طبعة الميمنة بمصر.

(٢) الروضة ٩/ ٢٧٥.

(٣) ابن كج: هو القاضي أبو القاسم يوسف بن أحمد بن كج بفتح الكاف وتشديد الجيم، وهو في اللغة اسم للجص الذي تبيض به الحيطان، تفقه على ابن القطان، وجمع بين رئاسة الدين والدنيا وكان يضرب به المثل في حفظ المذهب، قتله العيارون (الحراميون) ليلة السابع والعشرين من رمضان سنة ٤٠٥هـ من مصنفاته التجريد، طبقات الأسنوي ٢/ ٣٤١، والبداية والنهاية ١١/ ٣٥٥.

(٤) ابن القطان: هو الإمام أبو الحسين أحمد بن محمد بن أحمد بن القطان البغدادي. تفقه على ابن سريج وهو آخر أصحابه وفاة، درس ببغداد وأخذ عن علمائها، له مؤلفات كثيرة في الفروع والأصول، توفي سنة ٣٥٧هـ، طبقات الأسنوي ٢/ ٢٩٨، وشذرات الذهب ٣/ ٢٨.

(٥) الروضة ٩/ ٢٧٥.

(٦) المنثور للزركشي ١/ ٣١٦.

(٧) فتح العزيز ٢/ ١٢٤-١٢٥.

(٨) فتح العزيز ٢/ ١٢٥.

ومنها: لو قد بطن امرأة ميتة، فوصل السيف إلى ولد في جوفها، فانقطع أيضاً، فالأصح عدم وجوب الغُرَّة[1]، لأن الظاهر، هلاكه بموت الأم، وحكاه الرافعي عن صاحب التهذيب[2].

والمحكي عن القاضي أبي الطيب، وجوب ضمان الجنين، لأنه قد يبقى في جوف الأم حياً، والأصل بقاء الحياة[3].

وقال بعضهم: فيه نظر! لأن الحياة لم تتيقن حتى تستصحب، وهو اعتراض ضعيف، لأن نمو الجنين في البطن دليل أنه كان حياً.

ومنها: لو اختلف الزوجان الوثنيان، أو المجوسيان، قبل الدخول، فقال الزوج: أسلمنا معاً، فالنكاح باق، وأنكرت المرأة، فالقول قوله على أظهر القولين، إذ الأصل بقاء النكاح.

ووجه الآخر: أن التساوي في الإسلام نادر، فالظاهر خلافه.

ومنها: لو أصدقها تعليم قدر معين من القرآن، فادعى أنه علمها، وادعت أنها تعلمته من غيره، فالأصح أن القول قولها.

قال الرافعي: وبناء القولين فيما ذكر بعضهم على قولي تعارض الأصل والظاهر[4].

ومنها: لو ألقاه في ماء أو نار فمات، وقال الملقي: كان يمكنه الخروج مما ألقيته فيه، لكنه قصر.

وقال الولي: لم يمكنه، فأيهما يصدق؟ فيه قولان، وقيل وجهان:

أحدهما: الملقي، لأن الأصل براءة ذمته.

والثاني: الولي، لأن الظاهر أنه لو تمكن لخرج، وصححه النووي[5].

---

(١) وهي دية الجنين إذا سقط ميتاً، وقدرها عبد أو أمة، أو نصف عشر الدية الكاملة للقتل الخطأ. والغرة من كل شيء أوله، وغرة العبد أو الأمة، ومقدارها خمس من الإبل أو خمسمائة درهم، وسميت غرة لأنها أول مقادير الدية، وأقل ما قدره الشرع في الجنايات. المهذب ٢/ ١٩٩، والروضة ٩/ ٣٧٦، وحلية الأولياء ٧/ ٥٤٥، ومعجم لغة الفقهاء ص٣٢٩.

(٢) الروضة ٩/ ٣٦٧-٣٦٨.

(٣) الروضة ٩/ ٣٦٨.

(٤) الروضة ٧/ ٣٠٦-٣٠٧.

(٥) الروضة ٩/ ١٣٢.

ومنها: إذا جنى على عضو، وادعى الجاني شلل العضو المجني عليه، وادعى المجني عليه سلامته، فقولان، لأن الأصل براءة ذمة الجاني من الدية، وبدنه من القصاص، والظاهر الغالب في الناس السلامة(١).

وفصل جماعة من الأصحاب، بين العضو الظاهر والعضو الباطن، فيصدق المجني عليه في الباطن لتعذر إقامة البينة عليه، فهو نظير التعليق بالولادة، إذا ادعتها المرأة، احتاجت إلى البينة، بخلاف الحيض، وهذا هو الذي صححه الرافعي، وهو ترجيح لأحد المتعارضين بأمر خارجي.

وفي المراد بالباطن والظاهر وجهان:

أحدهما: أن الباطن العورة، والظاهر ما عداها.

والثاني: وإليه مال الرافعي، أن الباطن: ما يعتاد ستره إقامة للمروءة، والظاهر ما لا يستر غالباً(٢).

ومن المسائل التي يعتضد أحد الأصلين فيها بظاهر: ما إذا قلع سن صغير لم يُثْغَرْ(٣)، فإنه لا يستوفي حتى ييأس من نباتها، فلو مات قبل أن يتبين الحال، ففي وجوب الأرش وجهان، وقيل قولان:

أحدهما: يجب، لأن الجناية قد تحققت، والأصل عدم العود.

والثاني: المنع، لأن الأصل براءة الذمة، والظاهر أنه لو عاش لعادت. قال الرافعي: وهذا أقوى على ما قاله ابن كج، وغيره(٤).

ومنها: إذا قال رب المال: بعته ثم اشتريته، ولم يحل عليه الحول، وما أشبه ذلك مما يخالف الظاهر، لكون المال في يده مجموع الحول فها هنا أصلان:

أحدهما: بقاء ملكه.

والثاني: براءة ذمته، واعتضد الأصل الأول، بأن الظاهر على وفقه فمقتضاه أنه

---

(١) الروضة ٩/ ٢١٠، ومغني المحتاج ٤/ ٣٨.

(٢) الروضة ٩/ ٢١٠.

(٣) الثغور: أي السقوط، والصغير الذي لم يثغر: أي لم تسقط أسنانه الرواضع. لسان العرب ١/ ٣٦٠ مادة (ثغر).

(٤) وصححه النووي في الروضة ٩/ ٢٧٩.

يحلف وجوباً، وهو اختيار الشيخ أبيإسحاق[1] في التنبيه[2]: لكن النووي رجح أنه يحلف استحباباً[3].

ومنها: لو كان مقطوع بعض الذكر، أو خَصِياً، فأجلناه بسبب العِنَّة سنة، ثم ادعى الوطء في المدة، فأنكرت المرأة، وادعت عجزه عن ذلك، ففيه وجهان:

أحدهما: أنَّ القول: قوله، لأن الأصل في العقد اللزوم، وعدم ثبوت ما يقتضي تسليطها على الفسخ.

والثاني: ما قاله أبو إسحاق المروزي[4]: إن القول: قولها، لأن الأصل عدم الوطء. واعتضد بالظاهر، فإن النقصان الذي لحقه، يورث ضعف الذكر، فيقوي جانبها[5].

لكن الأكثرون رجحوا الأول، بأن إقامة البينة على الوطء مما يعسر، فكان الظاهر يقتضي الرجوع إلى قوله، ولهذا قطعوا في سليم الذكر، والأنثيين، أنه إذا ادعى الوطء في تلك المدة المضروبة، وأنكرت، أن القول: قوله: مع يمينه، ترجيحاً لأحد الأصلين بالظاهر المشار إليه.

فلو ثبتت بكارتها، رجعنا إلى تصديقها قولاً واحداً، لاعتضاد أحد الأصلين بظاهر قوي، بخلاف الصورة السابقة، فإن الظاهر لم يقو كل القوة، فلو طلقها، وقالت: طلقني بعد المسيس، فلي كمال المهر، وأنكر الزوج، فالقول: قوله، لأن الأصل عدم الإصابة، وعليها العدة مؤاخذة بقولها. ولا نفقة لها، ولا سكنى، فلو أتت بولد لزمان

---

(١) هو: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، ظهر نبوغه في العلوم الشرعية. فكان مرجع الطلاب، له مصنفات منها: التنبيه، والمهذب وكلاهما في الفقه، والتبصرة في أصول الفقه، وغيرها. توفي سنة ٤٧٦هـ، طبقات الأسنوي ٢/ ٨٣، وشذرات الذهب ٣/ ٣٤٩.

(٢) التنبيه ص(٦١) طبعة عالم الكتب، وهو: كتاب في فروع الشافعية، وهو أحد الكتب المشهورة بين الشافعية، وهو من أكثرها تداولاً.
كشف الظنون ١/ ٤٨٩، وقد طبع عدة طبعات منها في مصر سنة ١٣٧٠هـ طبعة مصطفى البابي، وطبعة أخرى في لبنان. عالم الكتب سنة ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م.

(٣) الروضة ٢/ ٢٠٦.

(٤) أبو إسحاق المروزي: هو إبراهيم بن أحمد المروزي، أخذ عن أبي سريج، وانتهت إليه رئاسة العلم ببغداد، ثم انتقل إلى مصر، وجلس في مجلس الشافعي، توفي سنة ٣٤٠هـ، طبقات الشيرازي ص١١٢، وطبقات الأسنوي ٢/ ٣٧٥.

(٥) الروضة ٧/ ٢٠١.

محتمل، ثبت النسب، وقوي به جانبها، فيرجع إلى تصديقها، ويطالب الزوج ببقية المهر، إذا حلفت على الإصابة، لأن ثبوت النسب لا يقتضي الإصابة، ولا بد أن يلاعن الزوج، وينفي الولد، فإنه يزول المرجح، فنعود إلى تصديقه.

قال الأصحاب: وحيث قلنا: إن القول قول من ينفي الإصابة، فذاك إذا لم يسلم جريان الخلوة، فإن اتفقا عليها، ففيه قولان:

أصحهما: أن الحكم كذلك أيضاً، ترجيحاً لأصل عدم الإصابة.

والثاني: أن القول قول من يدعيها، لأن الظاهر من الخلوة الإصابة[1] غالباً.

وهذه من المسائل المتقدمة التي تعارض فيها الأصل والظاهر فقط، والأمثلة لذلك كثيرة جداً، وليس المقصود استيعابها، وفيما ذكرته كفاية.

ومن المعاني الرشيقة في هذا الموضع، قصة ذي اليدين[2]، وإذكاره النبي ﷺ بسهوه لما سلم من الركعتين[3]، فإن سَرْعانَ[4] الصحابة رضي الله عنهم خرجوا يقولون: قصرت الصلاة، قصرت الصلاة[5]، فهؤلاء أعملوا الظاهر جزماً، لأن الغالب من أفعال النبي ﷺ عدم السهو، وأن يكون التشريع، والوقت، قابلاً للنسخ، وذو اليدين رضي الله عنه أعمل الاستصحاب: وهو استمرار حكم الصلاة، ولذلك سأل

---

(١) الروضة ٧/ ٢٠١-٢٠٣.

(٢) ذو اليدين: هو عمير بن عمرو بن نفلة الخزرجي، كان يعمل بيديه جميعاً، فقيل له ذو اليدين، وشهد بدراً، واستشهد بها. الإصابة ٣/ ٣٣.

(٣) عن أبي رضي الله عنه قال: صلى بنا رسول الله ﷺ، إحدى صلاتي العشي - قال ابن سيرين سماها أبو هريرة ولكن نسيت أنا - قال: فصلى بنا ركعتين ثم سلم فقام إلى خشبة معروضة في المسجد، فاتكأ عليها، كأنه غضبان، ووضع يده اليمنى على اليسرى وشبك بين أصابعه، ووضع خده على ظهر كفه اليسرى، وخرجت السرعان من أبواب المسجد، فقالوا: قصرت الصلاة، وفي القوم أبو بكر وعمر فهابا أن يكلماه، وفي القوم رجل في يده طول، يقال له: ذو اليدين، قال: يا رسول الله: أنسيت أم قصرت الصلاة؟ قال: لم أنس ولم تقصر. فقال: أكما يقول ذو اليدين؟ فقالوا: نعم، فتقدم فصلى ما ترك ثم سلم ثم كبر وسجد مثل سجوده أو أطول، ثم رفع رأسه وكبر، ثم كبر وسجد مثل سجوده أو أطول، ثم رفع رأسه وكبر فربما سألوه ثم سلم. صحيح البخاري بفتح الباري ١/ ٥٦٥-٥٦٦ وللقصة كتاب خاص للعلائي اسمه نظم الفرائد لما تضمنه حديث ذي اليدين من الفوائد، وقد قام بتحقيقه الدكتور كامل شطيب الراوي.

(٤) سَرْعانُ الناس: أوائلهم المستبقون إلى الأمر.

(٥) قصرت الصلاة الثانية سقطت من ج.

النبي ﷺ فقالك أقصرت الصلاة أم نسيت؟ والقوم الذين سكتوا منهم أبو بكر وعمر رضي الله عنهم، تعارض عندهم الأصل والظاهر، فلم يجزموا بقصر الصلاة، ولم يستفهموا النبي ﷺ، مع علمهم بأنه لا يقر على خطأ.

وبالجملة، إعمال الاستصحاب هو الأصل المعتبر ما لم يعارضه شيء.

وقد قال الإمام فخر الدين الرازي رحمه الله: إنَّ الاستصحاب متفق على اعتباره من حيث الجملة، في الدين، والشرع، والعرف.

أما الدين: فلأن صدق النبي ﷺ، إنما يثبت بدلالة المعجزة[1] الخارقة للعادة، ولا تتم معرفة كون هذه المعجزة خارقة للعادة حتى يتقرر استمرار العادة على الوجه المخصوص المخالف للمعجزة، ولا معنى لذلك إلا استصحاب أنه لولا المعجزة لما كان هذا الفعل وقع إلا على عادته المألوفة، وهذا معنى الاستصحاب.

وأما في الشرع: فلأن الإجماع منعقد على التمسك بالعمومات بعد البحث عن المخصص. وكذلك بالنصوص والظواهر، ولا معنى لذلك إلا استصحاب ظن بقائها بغير ناسخ ولا مخصص.

وأما في العرف: فلأن من خرج من بيته وترك أهله على حالة ما، من صحة أو مرض، كان اعتقاد بقائهم على تلك الحال راجحاً على اعتقاد تغيرها في ثاني الحال، وهذا هو الاستصحاب بعينه[2].

فهذا ما أردنا ذكره في هذه القاعدة وبالله التوفيق.

القاعدة الثالثة: إن المشقة تجلب التيسير:

والحديث الذي أشار إليه[3] القاضي حسين، رواه عبد بن حميد[4] في مسنده بإسناد حسن، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قيل يا رسول الله: أي الأديان أحب إلى الله

---

(١) المعجزة: لغة مأخوذ من العجز ضد المقدرة.
واصطلاحاً: عبارة عما قصد به إظهار صدق من ادعى أنه رسول الله.
المواقف لعضد الدين الإيجي المتوفى سنة ٧٥٦هـ مع شرح المواقف للسيد الشريف علي بن محمد الجرجاني ص٥٤٧ طبع بالقسطنطينية سنة ١٢٨٦هـ.

(٢) المحصول ٢/ ق٣/ ١٦٣-١٦٥.

(٣) عندما رد جميع فقه الشافعي إلى أربع قواعد.

(٤) عبد بن حميد بن نصر الكشي من حفاظ الحديث نسبته إلى كش مدينة قرب سمرقند، من كتبه مسند كبير وتفسير، توفي سنة ٢٤٩هـ. انظر تذكرة الحفاظ ٢/ ٥٣٤، والأعلام ٤/ ٤١.

عز وجل؟ قال: (الحنيفية السمحة)[١].

ورواه أحمد بن حنبل[٢] في مسنده من وجه آخر[٣]، باللفظ الذي ذكره القاضي حسين، وكذلك روى أيضاً من حديث جابر رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: (بعثت بالحنيفية السمحة)[٤]، وفي سند كل منهما مقال[٥]، وأجود منهما ما رويناه في فوائد[٦] أبي عبد الله[٧] بن منده[٨]، بسند صحيح، عن أبي بن كعب رضي الله عنه، قال: أقرأني النبي ﷺ «إن الدين عند الله الحنيفية السمحة لا اليهودية ولا النصرانية[٩]»، وهذا مما نسخ

---

(١) مسند ابن حميد ص١٩٩، ورواه البخاري في الأدب المفرد عن ابن عباس رضي الله عنهما. انظر كشف الخفاء ١/ ٥٢ و٥٣، والمقاصد الحسنة ص١٨٥، وقد عقد البخاري في صحيحه باباً بعنوان: (الدين يسر وقول النبي ﷺ أحب الأديان إلى الله الحنيفيّة السمحة). انظر صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١/ ٩٣.

(٢) هو: الإمام المعروف صاحب المذهب الحنبلي يلتقي نسبه بنسب النبي ﷺ في نزار بن معد بن عدنان توفي رحمه الله تعالى سنة ٢٤١هـ ببغداد. انظر المغني لابن قدامة ١/ ٤.

(٣) رواه الإمام أحمد عن عائشة بسند حسن ١/ ٢٣٦.

(٤) رواه الإمام أحمد عن أبي أمامة ٥/ ٢٦٦، وعن عائشة ٦/ ١١٦ و٢٢٣، والخطيب عن جابر بزيادة: (ومن خالف سنتي فليس مني). وفيض القدير ٣/ ٢٠٣، والديلمي عن عائشة في حديث الحبشة ولعبهم، كشف الخفاء ١/ ٢٥١، وكنوز الحقائق للمناوي ص٥٧.

(٥) حديث: (بعثت بالحنيفية السمحة) فيه علي بن عمر الحربي أورده الذهبي في الضعفاء وقال صدوق ضعفه البرقاني ومسلم بن عبد ربه ضعفه الأزدي ومن ثم أطلق الحافظ العراقي ضعف سنده وقال العلائي مسلم ضعفه الأزدي ولم أجد أحداً وثقه، لكن له طرق ثلاث ليس يبعد أن لا ينزل بسببها عن درجة الحسن. فيض القدير ٣/ ٢٠٣.

وحديث: (أي الأديان أحب إلى الله) قال العراقي: فيه محمد بن إسحاق رواه بالعنعنة وهو يدلس عن الضعفاء فلا يحتج إلا بما صرح فيه بالتحديث. تخريج أحاديث إحياء علوم الدين للعراقي وابن السبكي والزبيدي ٥/ ٢٢٠٦ استخراج محمود بن محمد الحداد الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ- ١٩٨٧م دار العاصمة للنشر - الرياض.

(٦) كتاب الفوائد ذكره ابن عساكر في تاريخ دمشق في ترجمة «أبي عبد الله بن إسحاق بن منده» انتخبها على شيخه أبي عبد الله محمد بن مروان الدمشقي. تاريخ مدينة دمشق لابن عساكر مجلد ١٥ ورقة ٣٢ب. مخطوط في مكتبة وزارة الأوقاف المركزية في بغداد رقم ٥٢.

(٧) في جميع النسخ (أبي عمرو)، والصحيح ما أثبتناه كما جاء في كتب التراجم.

(٨) هو أبو عبد الله محمد بن إسحاق بن يحيى بن منده العبيدي، إمام في الحديث، سمع من ألف وسبعمائة شيخ. وهو من أهل بيت كبير خرج منه جماعة من العلماء. توفي سنة ٣٩٥هـ. تذكرة الحفاظ ٣-٤/ ١٠٣١، وشذرات الذهب ٣/ ١٤٦.

(٩) رواه الإمام أحمد في مسنده ٥/ ١٣٢.

لفظه وبقي معناه، وفي صحيح البخاري[1]، عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنه قال: (إن الدين يسر، ولن يُشَادَّ الدينَ أحدٌ إلا غلبه، فسددوا وقاربوا)[2] الحديث.

وعن أنس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (يسروا ولا تعسروا، وبشروا ولا تنفروا) أخرجه مسلم[3] أيضاً[4]، فهذه الأحاديث أصل هذه القاعدة، مع ما ينضم إليه من قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]، وقوله سبحانه: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ﴾ [النساء: ٢٨]، وقوله في صفة نبينا ﷺ: ﴿وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَٱلْأَغْلَٰلَ ٱلَّتِى كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾ [الاعراف: ١٥٧]، وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]، إلى آخر الآية، ومنها قوله تعالى: ﴿رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَآ إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَا ۚ رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٨٦]. وثبت في صحيح مسلم، أن الله سبحانه وتعالى أجاب الصحابة حين دعوا بهذا الدعاء. قال: نعم، أو قد فعلت[5]، وعلى هذه القاعدة تخرج جميع رخص[6] الشرع

---

(١) البخاري هو أبو عبد الله بن محمد بن إسماعيل، الإمام في علم الحديث، وصاحب كتاب الجامع الصحيح المعروف بصحيح البخاري، من مؤلفاته الأخرى: الضعفاء في رجال الحديث، والتاريخ الكبير، والأدب المفرد، وغيرها. توفي سنة ٢٥٦هـ، تاريخ بغداد ٢/ ٤- ٣٦، وشذرات الذهب ٢/ ١٣٤.

(٢) انظر صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١/ ٩٣، وتكملة الحديث: (وأبشروا واستعينوا بالغُدوة والروحة وشيء من الدُّلجة).

(٣) مسلم هو: أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري، أحد الأئمة الأعلام وصاحب الجامع الصحيح المعروف بصحيح مسلم، كانت بينه وبين البخاري صحبة أكيدة، توفي سنة ٢٦١هـ. تاريخ بغداد ٣/ ١٠٠-١٠٤، وشذرات الذهب ٢/ ١٤٤، ودائرة المعارف ٥/ ٢٩٢-٢٩٣.

(٤) الحديث متفق عليه: انظر صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١/ ١٦٣، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٢/ ٤٢.

(٥) في رواية أبي هريرة: (نعم)، وفي رواية ابن عباس: (قد فعلت). صحيح مسلم بشرح النووي ٢/ ١٤٦، وسنن الترمذي ٥/ ٢٠٦.

(٦) رخص: جمع رخصة، وهي في اللغة: اليسر والسهولة، وعند الأصوليين: عبارة عما وسع للمُكَلَّف في فعله لعذر وعجز عنه مع قيام السبب المحرم، وقيل: الحكم الثابت على خلاف الدليل. انظر في تعريف الرخصة وأحكامها المستصفى ١/ ٩٨-٩٩، والإبهاج للسبكي ١/ ٨١ طبعة دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م، وجمع الجوامع بحاشية البناني ١/ ١١٩- ١٢١، والموافقات للشاطبي ١/ ٣٠١.
وقد تطلق الرخصة على ما استثني من أصل كلي يقتضي المنع مطلقاً من غير اعتبار بكونه لعذر شاق.
وحكم الرخصة: هو الإباحة من حيث هي رخصة ولو كانت الرخص مأموراً بها وجوباً أو ندباً =

وتخفيفاته. ومجامعها ترجع إلى أنواع نشير إليها على وجه الإيجاز.

النوع الأول: ما يتعلق بالعبادات، كالتيمم عند مشقة استعمال الماء في المرض، والقعود في الصلاة عند مشقة القيام، وفي النافلة مطلقاً، وقصر الصلاة في السفر. والجمع بين الصلاتين، ونحو ذلك.

فمنه ما مشروعيته عامة، كالمسح على الخف حضراً أو سفراً. لحاجة كثير من الناس إلى لبس الخف ومشقة نزعه عند كل وضوء، فخفف الشرع ذلك بأن جعل المسح عليه بدلاً من غسل الرجلين، وكالقعود في صلاة التطوع مع القدرة على القيام، تيسيراً على عموم الناس، ليستكثروا من النوافل من غير مشقة، وجواز الأكل والشرب والجماع في ليل الصيام إلى طلوع الفجر، لما كان ذلك يشق عليهم أولاً، ويضعف الصائم، ويمنع تكثير النوافل، نسخه الله تعالى إلى التيسير بإباحة ذلك لهم، إلى غير ذلك من الصور الكثيرة.

ومنه ما هو مختص بالسبب الذي يوجد معه مشقة، كرخص السفر، والمرض، والإكراه، وغير ذلك.

أما السفر: فقد ذكر النووي رحمه الله، أن رخصه ثمانية أنواع[1]:

= لكانت عزائم لا رخص، أما وجوب تناول بعض المحرمات في حال الاضطرار، فهو يرجع إلى عزائم أخرى كالمحافظة على النفس.

وقسم الأحناف الرخصة إلى أربعة أقسام:

١- إباحة الفعل المحرم عند الضرورة، والحاجة، كإباحة أكل الميتة عند الضرورة لدفع المخمصة. وتسمية إباحة أكل الميتة ونحوها حال الاضطرار رخصة، من باب المجاز عند الأصوليين من الحنفية، بحجة أن الحرمة حال الاضطرار ارتفعت وصار الأكل مباحاً، أما الجمهور فاعتبروا أن الأكل يبقى على الحرمة، وبالرخصة يرتفع الإثم فقط.

٢- إباحة ترك الواجب، أو تأخير أدائه عن وقته، كإباحة الفطر في رمضان لمن كان مسافراً أو مريضاً.

٣- تصحيح بعض العقود والتصرفات التي يحتاج الناس إليها مع مخالفتها للقواعد المقررة، كبيع السلم، وعقود الاستصناع.

٤- رفع الأحكام السابقة التي كانت مشروعة في الشرائع السابقة، والتخفيف فيها عن الأمة الإسلامية، وهذا النوع رخصة مجازاً.

انظر نظرية الضرورة الشرعية للدكتور وهبة الزحيلي ١٩٣-٢١٣.

(١) انظر الروضة ١/ ٤٠٢.

ثلاث منها تخص بالسفر الطويل[1]، وهي: قصر الصلاة، والفطر في رمضان، والمسح على الخف ثلاثة أيام.

واثنتان منها لا تختصان بالطويل: وهما ترك الجمعة[2]، وأكل الميتة عند الاضطرار[3].

وثلاث فيها خلاف، وهي: الجمع بين الصلاتين[4]، والتنفل على الدابة[5] وإسقاط

---

(١) اختلف في تحديد السفر الطويل:
فقال الغزالي في الوسيط ٢/ ٧٢٠: وحده مسيرة يومين، وبالمراحل مرحلتين، وبالأميال ثمانية وأربعون ميلاً بالهاشمي (نسبة إلى هاشم جد الرسول ﷺ) كل ثلاثة أميال فرسخ، ومقدار الفرسخ ٥٥٤٤ متراً.
وقال أبو حنيفة: هو مسيرة ثلاثة أيام.
أما أهل الظاهر: فلا يقسمون السفر إلى طويل وقصير، بل تجري أحكام السفر في كل ما يطلق عليه سفراً. راجع في تحديد السفر الطويل أيضاً: المبسوط ١/ ٢٣٧، وفتح العزيز ٤/ ٤٥٣، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٢/ ١٢٢، ومعجم لغة الفقهاء ص٤٥١.

(٢) السفر عموماً (قصيره وطويله) من الأعذار المبيحة لترك الجمعة، ولكن اختلف في جواز السفر يوم الجمعة وله صور فيما إذا كان بعد الفجر قبل شروق الشمس، وإذا كان قبل الزوال أو بعده. الحاوي ٣/ ٣٤-٣٥.

(٣) وهو مما لا يختص بنفس السفر، بل يجوز للمقيم أكل الميتة عند الاضطرار، فمن باب أولى أن لا يختص بكون السفر طويلاً أو قصيراً.

(٤) للعلماء في جواز الجمع بسبب السفر مذهبان:
الأول: لا يجوز الجمع بسبب السفر بحال، وإنما يجوز بعرفات والمزدلفة بسبب النسك للحاضر والمسافر وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه، وحكي عن المزني.
الثاني: جوازه، وهو مذهب جمهور العلماء من السلف والخلف من الشافعية والمالكية والحنابلة.
وهو بالنسبة للطويل متفق عليه، أما بالنسبة للقصير، ففيه قولان:
أحدهما: أنه يجوز، وهو القديم للشافعي وبه قال مالك، لإطلاق حديث أنس المتفق عليه أن النبي ﷺ كان يجمع بين المغرب والعشاء في السفر.
والثاني: لا يجوز، لأنه إخراج عبادة عن وقتها فاختص بالطويل.
انظر فتح العزيز ٤/ ٤٦٩، والمجموع ٤/ ٣٧١، وانظر الحديث أعلاه في صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢/ ٥٧٩، وصحيح مسلم بشرح النووي ٥/ ٢١٤.

(٥) اتفق العلماء على أن الفرائض لا يجوز أن تؤدى على الراحلة سواء حضراً أو سفراً، إلا في حالة شدة الخوف لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالًا أَوْ رُكْبَانًا ﴿٢٣٩﴾﴾ [البقرة].
وذلك لأن الأداء على الراحلة يشتمل على الإخلال بأمر القيام والاستقبال إضافة إلى إقامة الفريضة على ما لا يصلح للقرار.
أما النوافل: ففي السفر الطويل تجوز بلا خلاف، وهل تختصان به؟ فيه قولان: =

الفرض بالتيمم[1].

والأصح في الجمع أنه يختص بالطويل. وفي الآخرين عدم الاختصاص، بل يجريان في الطويل والقصير.

قلت: وعد أكل الميتة للمضطر من رخص السفر بالنسبة إلى الغالب، وإلا فيتصور وقوع ذلك في الحضر، وكذلك التيمم وقد استدرك الشيخ صدر الدين رحمه الله، رخصة تاسعة، صرح بها الغزالي[2] وهي: ما إذا كان له نسوة وأراد السفر. فإنه يقرع بينهن ويأخذ منهن من خرجت لها القرعة، ولا يلزمه القضاء لضراتها إذا رجع. وهل يختص ذلك بالسفر الطويل أم لا؟ فيه وجهان:

أصحهما: عند الغزالي نعم، وقال الإمام: الوجه عندي القطع به، وأصحهما عند البغوي، والمتولي، والأكثرين أنه لا يختص[3].

وحكى جماعة من العراقيين ذلك عن نص الشافعي رحمه الله، وأنه قال: لا فرق في ذلك بين السفر الطويل والقصير[4].

والقائلون بالأول، أولوا قول الشافعي، على أنه أراد بالقصير قدر مسافة القصر، وبالطويل ما فوقها، وإليه مال ابن الصباغ، والآخرون حملوه على ظاهره.

= أحدهما: نعم، وبه قال مالك.

وأصحهما: لا، لإطلاق الخبر المتفق عليه عن ابن عمر: (أن النبي ﷺ كان يصلي على راحلته حيث توجهت به).

أما في الحضر: فظاهر المذهب أنها والفرائض سواء في أمر القيام. . وهناك وجه للشيخ أبي محمد أنه يجوز بشرط الاستقبال في جميع الصلاة. فتح العزيز ٣/ ٢٠٨-٢١٢ و٤/ ٤٧٤، وصحيح مسلم بشرح النووي ٥/ ٢١٠.

(١) التيمم قد يكون بحيث يغني الصلاة المؤداة به عن القضاء (أي يسقطها). وقد يكون بحيث لا يغني أي يجب قضاؤها عند إدراك الماء. وهنا: هل يشترط لعدم القضاء أن يكون السفر طويلاً؟ فيه قولان:

أصحهما، لا، والقصير كالطويل في هذا الحكم.

والثاني: نعم، أي إنه يقضي في السفر القصير، لأنه يلحق بالحضر في امتناع القصر والفطر. فتح العزيز ٢/ ٣٥٢.

(٢) الوجيز ٢/ ٣٩.

(٣) انظر الروضة ٧/ ٣٦٣.

(٤) لم أجد هذا النص في الأم ولا في مختصر المزني، ولكن ذكره الشربيني في مغني المحتاج ٣/ ٢٥٨ عن الإملاء للشافعي.

وأما المرض: فمن رخصه التيمم عند مشقة استعمال الماء، وكذلك في الجراحة، والقعود في الصلاة، والجمع بين الصلاتين على وجه اختاره النووي[1]، والفطر في رمضان بنص الآية[2]، والصلاة مضطجعاً إذا عجز عن القعود، وبالإيماء إذا عجز عن تعاطي الأفعال، وإباحة ما يحتاج إليه من محظورات الحج مع الفدية. والاستنابة في رمي الجمار إذا عجز عنه. والتداوي بالنجاسات على المذهب إذا لم يقم غيرها مقامها، وبالخمر على وجه ضعيف[3]، واتفق الأصحاب على جواز إساغة اللقمة بها إذا غص ولم يجد غيرها، وترك الجمعة والجماعة مع ثبوت أجرها له إذا كان عادته الصلاة في جماعة، لقوله ﷺ: (إذا مرض العبد أو سافر كتب له من الأجر ما كان يعمله صحيحاً مقيماً) رواه البخاري[4].

وأما الإكراه: فقد نص القرآن العظيم على جواز التلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه. والقلب مطمئن بالإيمان[5]، وإذا أكره الصائم على الأكل أو الشرب، أو فعل ما ينافي الصوم ففي بطلان صومه وجهان:

---

(١) ونسبه إلى أبي سليمان الخطابي، والقاضي حسين، والروياني، واستدل على ذلك بما ورد في صحيح مسلم بشرح النووي ٥/ ٢١٥ عن ابن عباس قال: (صلى رسول الله ﷺ الظهر والعصر جميعاً بالمدينة في غير خوف ولا سفر). قال أبو الزبير: فسألت سعيداً لم فعل ذلك؟ فقال: سألت ابن عباس كما سألتني فقال: (أراد أن لا يحرج أحداً من أمته). انظر الروضة ١/ ٤٠١.

(٢) وهي قوله تعالى في سورة البقرة: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ۚ ﴿١٨٤﴾﴾.

(٣) اتفق العلماء من حيث الجملة على عدم جواز التداوي بالمحرم والنجس، وألحق الحنابلة بهما كل مستخبث، لقوله ﷺ: (إن الله لم يجعل شفاءكم أمتي فيما حرم عليكم). أخرجه البخاري في صحيحه بشرح فتح الباري ١٠/ ٧٨.

وشرط الحنفية لجواز التداوي بالحرام والنجس شرطين:

الأول: أن يعلم فيه شفاء.

الثاني: أن لا يوجد دواء غيره.

أما الشافعية: فقد قصروا الحكم على النجس، والمحرم الصرف، أما إذا كانا مخلوطين مع غيرهما فيجوز التداوي بهما بشرطين:

الأول: أن يكون عارفاً بالطب، أو أخبره طبيب مسلم عدل.

الثاني: أن يتعين هذا الدواء ولا يوجد طاهر يغني عنه.

والمالكية: لم يجوزوا التداوي بالمحرم والنجس إلا في حالة واحدة، وهي أن يكون التداوي بالطلاء. ويخاف بتركه الموت. الموسوعة الفقهية ١١/ ١١٨-١٢٠.

(٤) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٦/ ١٣٦.

(٥) قال تعالى في سورة النحل: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴿١٠٦﴾﴾.

الأصح: أنه لا يبطل بذلك، وصحح الرافعي القول بالبطلان[1]، وخالفه النووي[2].

وقال: فيمن أكره حتى تكلم في الصلاة قولان:

أصحهما: أن صلاته تبطل، لأن هذا عذر نادر. كما لو أكره على الصلاة من غير وضوء[3]، أو غير القبلة، وكذلك لو أكره على فعل يناقض الصلاة، كالمشي والأكل، والذي لا تبطل معه الصلاة، الأعذار العامة. وتكون فائدة الإكراه هنا سقوط الإثم عنه. ولا يختص الإكراه بالعبادات، بل يجيء في العقود والإيقاعات وغيرها، وستأتي مسائل مجموعة في موضع واحد إن شاء الله تعالى[4].

ومن الأسباب المقتضية للتخفيف، والترخيص أيضاً: الكبر بالنسبة إلى الصوم في جواز الفطر للشيخ الهرم مع الفدية، وفي الاستنابة في الحج للمعضوب[5]، والمريض الذي لا يرجى برؤه.

والمطر في جواز الجمع بين الصلاتين، وترك الجمعة والجماعة.

والحر في الإبراد[6] بالظهر، وهل هو سنة أو رخصة؟ فيه وجهان:

أصحهما: أنه سنة، ويستحب التأخير.

وكذلك العزم على النكاح يبيح النظر إلى المخطوبة، وهل هو مستحب أو مباح؟ وجهان[7].

---

(١) فتح العزيز ٦/ ٣٩٩.

(٢) المجموع ٦/ ٣٢٦.

(٣) الروضة ١/ ٢٩١.

(٤) انظر الأثر الناشيء عن الإكراه.

(٥) المعضوب: هو الضعيف والمخبول الزمن الذي لا حراك به. لسان العرب ٢/ ٨٠٣.

(٦) الإبراد: هو تأخير الصلاة عن أول الوقت بقدر ما يحصل للحيطان فَيْءٌ يمشي فيه طالب الجماعة وله أربعة شروط:
أن يكون في حر شديد.
وأن تكون البلاد حارة.
وأن تصلى جماعة.
وأن يقصدها الناس من بعد. المجموع ٣/ ٦٠.

(٧) الأصح أنه سنة. الروضة ١/ ١٨٤.

ومنها: الاضطرار في إباحة أكل الميتة. وأكل مال الغير مع ضمان البدل إذا قدر عليه، والنسيان والسهو في الصلاة، والجهل ببعض الأحكام. وستأتي مسائل ذلك مفصلة إن شاء الله تعالى[١].

ومنها: عموم البلوى، كالصلاة مع لطخات القروح، والدماميل، ودم البراغيث، وكذلك الصلاة في حال شدة الخوف مع القتال، والحركات الكثيرة، إلى غير ذلك من الأسباب الكثيرة، ويعبر عن هذا كله بالإطلاق مع قيام المانع بسبب راجح عليه، وبالإباحة مع قيام الحاضر لعذر.

وقد قسم الشيخ عزالدين رحمه الله التخفيفات الواردة في الشرع إلى ستة أقسام[٢]:

الأول: تخفيف الإسقاط، كإسقاط الجمعة، والحج، والعمرة، بالأعذار المعروفة[٣] لذلك.

الثاني: تخفيف التنقيص، كقصر الصلاة، وتنقيص ما عجز عنه المريض من أفعالها، كالركوع والسجود، إلى الميسور من ذلك.

الثالث: تخفيف الإبدال، كإبدال الوضوء والغسل بالتيمم، وإبدال غسل الرجل بالمسح على الخف، وإبدال القيام في الصلاة بالقعود، والقعود بالاضطجاع، والاضطجاع بالإيماء، وإبدال الصيام في حق الشيخ الكبير الذي يشق عليه الصوم بالإطعام، وكإبدال بعض واجبات الحج والعمرة بالفدية عن قيام الأعذار.

والرابع: تخفيف التقديم، كتقديم العصر إلى الظهر، والعشاء إلى المغرب في السفر والمطر، وكتقديم الزكاة على حولها، والكفارة على حنثها، وزكاة الفطر في شهر رمضان.

والخامس[٤]: تخفيف التأخير. كتأخير الظهر إلى العصر، والمغرب إلى العشاء في السفر، وصيام رمضان إلى ما بعده في حق المريض، والمسافر، والحامل، والمرضع، وكذلك تأخير الصلاة في حق مشتغل بإنقاذ غريق، ودفع صائل عن نفس، أو لصلاة

---

(١) ذكرها المصنف ص(٤٤٣) وما بعدها.

(٢) انظر قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/ ٦.

(٣) ومن الأعذار المعروفة المسقطة لوجوب الجمعة (الصبا، والجنون، والعبودية، والسفر. . إلخ) ولا تجب الجمعة على المرأة أيضاً، وتجري بعض هذه الأعذار في الحج والعمرة ويضاف إليها عدم الاستطاعة. . إلخ. الحاوي ٣/ ٦ و٥/ ٦.

(٤) من قوله: والخامس: (تخفيف التأخير) إلى (أدنى المشاق المعتبرة) ص١٢٣ سقطت من ج.

على ميت خيف انفجاره، وكذلك من خشي فوات الوقوف بعرفة في أحد الأوجه. لما في فوات الحج من المشقة العظيمة.

السادس: تخفيف الترخيص، كصلاة المتيمم مع الحدث، وصلاة المستجمر مع بقية النجو. والصلاة مع لطخات الدماميل، والقروح، وكأكل النجاسات للتداوي، وإساغة الغصة بجرعة الخمر، وأشباه ذلك.

قلت: وبقي قسم سابع، وهو تخفيف التغير، كتغير نظم الصلاة في الخوف فإنه مباين لما تقدم.

وفي القسم الأول نظر، لأن الجمعة لم تسقط إلا إلى بدل، وهو الظهر، وأما الحج والعمرة فمن لم يكن من أول زمن التكليف مستطيعاً لم يجب عليه الحج بالكلية حتى يقال سقط. ومتى وجدت شروط الاستطاعة كلها ترتب الفرض في ذمته، ولم يسقط بالموت.

وتنقسم الرخصة من وجه آخر إلى ثلاثة أقسام:

الأول: رخصة يجب فعلها، كمن غص بلقمة، ولم يجد ما يسيغها به إلا الخمر[١]، وكالمضطر إلى الميتة وغيرها من النجاسات، يلزمه أكلها على الصحيح الذي قطع به الجمهور[٢]، وفيه وجه لبعض الأصحاب أنه يجوز ولا يجب[٣]، والصحيح الأول، لأن حرمة النفس عظيمة، ومفسدة فواتها تربو على مفسدة تناول الميتة، فاحتمل أخف المفسدتين لدفع أقواهما، وهذه بهذا الاعتبار تكون من جملة مسائل القاعدة الرابعة، كما ستأتي[٤] إن شاء الله تعالى[٥].

ومن هذا القسم أيضاً، وجوب استدامة لبس الخف لمن لم يجد من الماء ما يكفيه على وجه مرجوح.

---

(١) قال النووي: وهي رخصة، نص الشافعي على وجوبها، واتفق الأصحاب عليه. المجموع ٤/ ٣٣٦.

(٢) المصدر السابق.

(٣) حكاه الشيرازي في المهذب ١/ ٢٥٧ فقال: من اضطر إلى أكل الميتة.. هل يجب عليه الأكل؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجب، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ﴿٢٩﴾﴾ [النساء].

والثاني: لا يجب، وهو قول أبي إسحاق.

(٤) في النسخ: سيأتي.

(٥) وذلك في ص(١٢٠) القاعدة الرابعة (الضرر يزال).

القسم الثاني: رخصة يستحب فعلها، كقصر الصلاة في السفر، والفطر فيه لمن شق عليه الصوم، وكذلك في المرض إذا لم يكن يخاف من الصوم ضرراً في نفسه، أو عضو، فإنه حينئذٍ يحرم، ويجب الفطر، فيكون من الأول، ولو صام في هذه الصورة ففي صحة صومه احتمالان ذكرهما الغزالي في كتابه المستصفى[1].

وعد النووي من هذا القسم، الإبراد بالظهر في شدة الحر[2]، واعترض عليه بأنه حكي فيه وجهان:

أصحهما: أنه سنة ويستحب التأخير.

والثاني: رخصة، ومقتضى ذلك أنه إذا قيل إنه رخصة لا يستحب الإبراد فلا يمكن الجمع بين القول بأنه رخصة ومستحب.

ومنه أيضاً: ما تقدم من النظر إلى المخطوبة على القول بالاستحباب، فإنه رخصة.

والثالث: رخصة تركها أفضل من فعلها، كالمسح على الخف، والتيمم لمن وجد الماء يباع بأكثر من ثمن المثل، وهو قادر عليه، والفطر لمن لا يتضرر بالصوم، وعد أبو سعيد المتولي في التتمة والإمام الغزالي في البسيط من هذا القسم، الجمع بين الصلاتين في السفر[3]، وفرق بينه وبين القصر بوجوه:

أحدها: الخروج من الخلاف، فإن أبا حنيفة يوجب القصر ولا يُجَوِّزُ الجمع إلا بعرفةوالمزدلفة[4].

وثانيها: أن الجمع يلزم منه إخلاء العبادة عن وقتها بخلاف القصر.

وثالثها: أن الأحاديث الواردة في الجمع ليس فيها إلا مجرد فعله ﷺ، وذلك يدل على الجواز، ولا يلزم منه الاستحباب، وفي هذا الثالث نظر، لأن الراجح من مذهب الشافعي أن فعله ﷺ يقتضي الندب، لكن فيما ظهر فيه قصد القربة[5]. وقد يمنع أن مطلق الجمع في السفر ظهر فيه قصد القربة، وقد صرح الصحابي بأنه ﷺ أراد بالجمع ألا تحرج أمته[6]. وفيه بحث ليس هذا موضعه.

---

(١) المستصفى ١/ ٩٧.

(٢) انظر المجموع ٣/ ٥٩ و٤/ ٣٣٦.

(٣) الروضة ١/ ٤٠٣.

(٤) المبسوط ٣/ ١٦.

(٥) المحصول ١/ ق٣/ ٣٤٦. والأحكام للآمدي ١/ ٢٤٨.

(٦) صحيح مسلم بشرح النووي ٥/ ٢١٥.

وقد ذكر الرافعي: أن مسح الرأس في الوضوء رخصة خففها الله تعالى لمشقة غسل الرأس عند كل وضوء، وبنى على ذلك أنه لو غسله أجزأه على الراجح من المذهب، لأن الغسل مسح وزيادة[١]، واعترض الشيخ تقي الدين القشيري[٢] رحمه الله على ذلك بأن المسح يفيد عدم الإسالة، والصب مقابل للغسل لا مندرج فيه، وعلى ظاهر المذهب فلا يستحب الغسل قطعاً. وهل يكون مكروهاً؟ فيه وجهان:

اختار القفال والغزالي أنه لا يكره[٣]، ورجح الأكثرون[٤] الكراهة، لما فيه من مخالفة السنة، والإسراف في الماء.

فعلى هذا يجيء منه قسم رابع، وهو رخصة يكره تركها.

هذه مجامع أنواع الرخص، وتفصيل المسائل يطول به الكلام ولا يتأتى استيعابها، والمهم هنا ذكر أنواع المشاق المقتضية للتيسير والتخفيف.

والمشاق تنقسم أولاً إلى ضربين:

الأول: مشاق لا تنفك عنها العبادة غالباً، كمشقة الوضوء، والغسل في البرد، ومشقة إقامة الصلاة في الحر والبرد، ومشقة الصوم في شدة الحر وطول النهار، ومشاق السفر للحج التي لا انفكاك عنها، وكذلك مشاق الجهاد. فهذه كلها لا أثر لها في إسقاط العبادات، ولا في تخفيفها، لأنها لو أثرت لفاتت مصالح الطاعات والعبادات في جميع الأوقات، أو في غالبها، وقد عاب الله تعالى على المنافقين قولهم: ﴿لَا تَنفِرُواْ فِي ٱلۡحَرِّۗ ﴿٨١﴾﴾[٥] وتوعدهم على ذلك بعذاب النار، ولم يستثن من هذا الضرب إلا جواز التيمم للخوف من شدة البرد، لحديث عمرو بن

---

(١) فتح العزيز ١/ ٣٥٥.

(٢) هو عبد الكريم بن هوازن بن عبد الملك النيسابوري شيخ خراسان أقام بنيسابور وتوفي بها سنة ٤٦٥هـ. من كتبه لطائف الإشارات والرسالة القشيرية. طبقات السبكي ٣/ ٢٤٣، وطبقات الأسنوي ٢/ ٣١٣.

(٣) وأجاب الغزالي على من قاس مسح الرأس على مسح الخف في الكراهة.
فقال: غسل الخف بدل المسح مكروه، ولكن يستحب فيه التكرار، وهو تقريب من الغسل فلهذا يمكن أن يقال غسل الخف مكروه، وغسل الرأس بدل المسح لا يكره. الوسيط ١/ ٣٧٢، والمجموع ١/ ٤١٠.

(٤) كإمام الحرمين والجرجاني. المجموع ١/ ٤١٠.

(٥) سورة التوبة. والآية بتمامها: ﴿فَرِحَ ٱلۡمُخَلَّفُونَ بِمَقۡعَدِهِمۡ خِلَٰفَ رَسُولِ ٱللَّهِ وَكَرِهُوٓاْ أَن يُجَٰهِدُواْ بِأَمۡوَٰلِهِمۡ وَأَنفُسِهِمۡ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَقَالُواْ لَا تَنفِرُواْ فِي ٱلۡحَرِّۗ قُلۡ نَارُ جَهَنَّمَ أَشَدُّ حَرّٗاۚ لَّوۡ كَانُواْ يَفۡقَهُونَ ﴿٨١﴾﴾.

العاص[1]، الخاص فيه[2]. ومن ذلك أيضاً رجم الزناة، وإقامة الحدود على الجناة، ولا سيما في حق الآباء والأمهات والأقارب. فإن في ذلك عليهم مشقة عظيمة لما يجدونه من الرأفة والرحمة عند إقامة الحدود على أمثال هؤلاء. وإلى هذا الإشارة بقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ ﴾ [النور: ٢]، فهذا القسم كله لا ينفك عن العبادات لأنه قرر معها.

والضرب الثاني: مشقة تنفك عنها العبادة، وهي على ثلاث مراتب:

المرتبة الأولى: مشقة عظيمة فادحة، كمشقة الخوف على النفوس، والأطراف، ومنافع الأعضاء، فهذه مشقة موجبة للتخفيف والترخيص قطعاً، لأن حفظ النفوس والأطراف لإقامة مصالح الدين، أولى من تعريضها للفوات في عبادة أو عبادات تفوت بها أمثالها.

المرتبة الثانية: مشقة خفيفة جداً لا وقع لها، كأدنى وجع في إصبع، وأدنى صداع في الرأس، وسوء مزاج خفيف، فهذا لا أثر له، ولا التفات إليه عند الجمهور، لأن تحصيل مصالح العبادة أولى من دفع مثل هذه المفسدة التي لا أثر لها.

والمرتبة الثالثة: متوسطة بين هاتين المرتبتين مختلفة بين الخفة والشدة، فما دنا منها من المرتبة العليا أوجب التخفيف، وما دنا منها من المرتبة الدنيا لم يوجب التخفيف، إلا عند أهل الظاهر[3]، كالحمى الخفيفة، ووجع الضرس اليسير، وما وقع بين هاتين المرتبتين فمختلف فيه بين العلماء، منهم من يلحقه بالعليا، ومنهم من يلحقه بالدنيا، وكلما قرب من المرتبة العليا كان أولى باقتضاء التخفيف، وما قرب من المرتبة الدنيا لم يقتضه، وما توسط بينهما، اختلفنا فيه. ولا ضبط لهذه المراتب إلا بالتقريب[4].

---

(١) عمرو بن العاص بن وائل، عده الشعبي من دهاة العرب في الإسلام، ولاه عمر بن الخطاب إمرة مصر وهو الذي افتتحها، توفي سنة ٤٣هـ. الإصابة في تمييز الصحابة ٣/ ٢-٣.

(٢) والحديث كما جاء في سنن أبي داود ١/ ٩٠ عن عمرو بن العاص قال: احتلمت في ليلة باردة في غزوة ذات السلاسل فأشفقت إن اغتسلت أن أهلك، فتيممت ثم صليت بأصحابي الصبح فذكروا ذلك للنبي ﷺ فقال: (يا عمرو صليت بأصحابك وأنت جنب؟) فأخبرته بالذي منعني من الاغتسال وقلت: إني سمعت الله يقول: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ [النساء] فضحك رسول الله ولم يقل شيئاً.

(٣) المجموع ٦/ ٢٥٨.

(٤) ذكر المصنف هنا أنواع المشاق المقتضية للتيسير، نقلاً عن قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، =

وقد ذكر الشيخ عزالدين رحمه الله[1]، أن الأولى في ضابط مشقات العبادة أن تضبط مشقة كل عبادة بأدنى المشاق المعتبرة في تخفيف[2] تلك العبادة، فإن كانت مثلها أو أزيد ثبتت الرخصة.

قال: ولن يعلم ذلك إلا بالزيادة، إذ ليس في قدرة البشر الوقوف على تساوي المشاق. فإذا زادت إحدى المشقتين على الأخرى، علمنا أنهما قد استوتا فيما اشتملت عليه المشقة الدنيا منهما. وكان ثبوت التخفيف والترخيص بسبب الزيادة أولى، ثم مثل ذلك بالتأذي بالقمل المبيح للحلق في حق الناسك، وهو الذي نزلت الرخصة[3] بسببه في قصة كعب بن عجزة[4] رضي الله عنه[5]، فينبغي أن يعتبر تأذي المحرم بسائر الأمراض، بمثل مشقة القمل، وكذلك بقية المشاق المبيحة للبس، والطيب، والدهن، وغير ذلك من المحظورات.

قال[6]: وكذلك ينبغي أن نقرب المشاق المبيحة للتيمم بأدنى مشقة أبيح بمثلها التيمم، ثم إنَّهُ استشكل هذا من جهة أن مشقة الزيادة التي هي يسيرة على ثمن المثل، ومشقة الانقطاع عن سفر النزهة خفيفة لا ينبغي أن تعتبر بها الأمراض.

وأما المرض المبيح للفطر، فينبغي أن تعتبر مشقته بالمشقة الزائدة في الصوم في السفر عليه في الحضر، فإذا شق الصوم على المريض مشقة تربو على مشقته في السفر، فليجز الإفطار.

= ويتصرف بسيط دون أن ينسبها إليه.. ولكنه بعد هذا قال: ذكر الشيخ عزالدين.. إلخ مما قد يفهم منه أن ما سبق لم يكن من كلامه. وليس كذلك. انظر قواعد الأحكام ٢/ ٧-٨.

(١) قواعد الأحكام ٢/ ١٢-١٤.

(٢) إلى هنا ينتهي ما سقط من نسخة (ج) والذي يبتدأ من قوله: والخامس: تخفيف التأخير في ص(١١٨).

(٣) وهي قوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ ﴿١٩٦﴾﴾ [البقرة].

(٤) كعب بن عجزة بن أمية بن عدي. روى عدة أحاديث عن رسول الله ﷺ، وشهد عمرة الحديبية، ونزلت فيه قصة الفدية، وسكن الكوفة، وتوفي بالمدينة سنة ٥١هـ. انظر الإصابة في تمييز الصحابة ٣/ ٢٩٧-٢٩٨.

(٥) القصة عن كعب بن عجزة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: (لعلك آذاك هوامك)، قال: نعم يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ: (احلق رأسك وصم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين أو انسك شاة). صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٤/ ١٢.

(٦) يقصد العز بن عبد السلام.

ثم أورد على هذا الضابط أنه قد تقرر في الشرع، أن ما لا يمكن ضبطه يجب الحمل على أقله، كمن باع عبداً بشرط أنه كاتب، أو خباز، ونحو ذلك، فإنه يحمل على أقل رتب هذه الصنائع.

وكذلك لو أسلم إليه في شيء موصوف بصفات تعتبر، ولكل واحدة منهن رتب دانية، ومتوسطة، وعالية، فإن ذلك يحمل على أدناهن، إذ لا ضابط لما زاد عليها.

فهلا قلتم هنا بالحمل على أدنى رتب المشاق، لعسر ضبطها في الرتب الزائدة على الأدنى.

وأجاب عن ذلك: بأنه لا يجوز تفويت مصالح العبادات مع عظمها وشرفها. بمثل هذه المشاق مع خفتها وسهولة تحملها، بل تحمل هذه المشاق لا وزن له في تحصيل مصالح العبادات، ولذلك كان اجتناب الترخص في معظم هذه المشاق أولى، فلم نحمل المشاق على الأقل مرتبة تحصيلاً لمصالح العبادات، وحملنا الصفات في المعاملات على الأدنى تحصيلاً لمصالح المعاملات، لأن الحمل على الأعلى يؤدي في السلم إلى عزة الوجود، وفي البيوع إلى كثرة التنازع والاختلاف. والحمل على ما بينهما لا ضابط له، فلذلك حمل على أقل الدرجات مرتبة وأدناها[1].

والمشاق تنقسم من وجه آخر إلى مراتب بحسب العبادات التي تخفف بها، فما كان له بدل، كالجمعة، أو ليس متأكداً في الوجوب، كالجماعات، كانت مشقته المسقطة له خفيفة، وأصل الصلاة لما عظم خطرها وكانت أفضل الأعمال لم تسقط في حال من الأحوال، بل يأتي بها المكلف على حسب حاله، والذي تخففه المشاق منها بعض أركانها، وهي أيضاً مختلفة، فاعتبرت المشقة المبيحة للانتقال من القيام إلى القعود بما يشوش الخشوع والأذكار، لأن القعود مباح في الجملة من غير عذر في جنس الصلاة، كما في التطوع، فلم يشترط في الفرائض العجز عن تصور القيام بالكلية، ولا الضرورة القادحة، بل اكتفي بما يشق ويشوش عليه ملاحظة الصلاة وخشوعها. واشترط في إباحة الانتقال من القعود إلى الاضطجاع عذر أشق من عذر الانتقال من القيام إلى القعود، لأن الاضطجاع مناف لتعظيم العبادات.

وأما الصوم، فلما كان له بدل، كانت المشاق المبيحة للفطر فيه خفيفة أيضاً، فإنه يباح في كل سفر تقصر فيه الصلاة، وإن لم يكن فيه عليه مشقة أصلاً، فالمعتبر هو السفر، وهو المظنة، وهو كما تقدم في الجمعة.

---

(١) قواعد الأحكام ٢/ ١٢-١٤.

وأما الحج فمشاقه ضربان:

أحدهما: ما يمنع وجوبه من الأصل، فهذا لا يكتفى فيه بالمشاق الخفيفة، بل لا بد من مشقة لا يحتمل مثلها، كالخوف على النفس، والمال، وعدم الزاد والراحلة.

والضرب الثاني: ما يبيح محظوراته في الإحرام، فيكتفى فيه بالمشاق الخفيفة، لما ينضم إلى ذلك من الجبران بالفدية المشروعة فيه.

وأما التيمم: فاضطربت مسائل المذهب فيه بالنسبة إلى المشاق المبيحة له، فقالوا في المريض: يتيمم عند خوف فوات النفس، أو عضو، أو منفعته، وكذلك الخوف من حدوث مرض مخوف، ومن إبطاء البرء، وشدة الضنى[1] على الأصح، وكذلك من حدوث شَيْنٍ على عضو ظاهر. مع أن الوضوء له بدل، ولكن العدول عنه مخالفة ظاهرة، لأنه الأصل في الطهارات. بخلاف العدول عن الجمعة إلى الظهر، ومع ذلك فقالوا: إذا بيع منه الماء بأكثر من ثمن المثل، وهو قادر عليه، جاز له التيمم، وكذلك لو وهب منه ثمن الماء، لما فيه من تحمل المنة، بخلاف ما إذا وهب منه الماء نفسه، وكذلك لو كان معه ثمن الماء، ولكنه محتاج إليه في نفقة سفره، وقد يكون ذلك سفر نزهة، ولا شك في أن هذه الأسباب كلها خفيفة بالنسبة إلى ما شرطوه في المرض مما تقدم.

وهذا كله دون الترخص بأكل الميتة، وأكل مال الغير بغير إذنه، أو تكابره عليه فلذلك اشترط في جواز الإقدام عليه الخوف من فوات الروح لو لم يفعل، لأنه استباحة محرم، ولعل الفارق بين السفر، والمرض، أن المقصود أن لا ينقطع المسافر عن رفقته، ولا يحصل له ما يعوق عليه التقلب في السفر بالمعايش بالحركة، فاغتفر فيه أخف مما يلحق المريض[2]، وفي كلام إمام الحرمين إشارة إلى ذلك.

ومن المشاق المقتضية للتخفيف، الحصر بالنسبة إلى التحلل من الحج، والشافعي رحمه الله، قصر ذلك على حصر العدو، لأنه الذي نزلت بسببه الآية[3]، وألحق غيره به الحصر بالمرض لأنه في معناه، ومنع الشافعيَّ من ذلك قولُه ﷺ لضباعة[4] بنت

---

(١) الضنى: هو المرض، انظر لسان العرب ٢/ ٥٥٣ مادة ضني.

(٢) قواعد الأحكام ٢/ ٩-١٢.

(٣) وهي قوله تعالى في سورة البقرة: ﴿ وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ ۚ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْىِ ۖ ﴿١٩٦﴾ ﴾.

(٤) ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب ابنة عم النبي ﷺ زوجة المقداد بن أسود. تهذيب الأسماء واللغات ٢/ ٣٥٠. والكاشف في معرفة من له رواية الكتب الستة للذهبي ٣/ ٤٧٥.

الزبير: (قولي: محلي حيث حبستني)[1]، فقال: إذا شرط التحلل عند المرض كان له ذلك دون ما إذا لم يشترطه على الأصح، ولو كان المرض مقتضياً للتحلل بنفسه لم يحتج إلى الاشتراط[2].

وقد مال الشيخ عزالدين رحمه الله في القواعد، إلى جواز التحلل بالمرض من غير اشتراط، لما في البقاء على الإحرام من المشقة، والعسر الدايم[3].

فهذا ما اتفق إيراده من الكلام على المشاق المقتضية للتخفيف في العبادات، والله أعلم.

النوع الثاني: التخفيف في المعاملات تيسيراً للمشاق فيها، وذلك من وجوه كثيرة:

منها: أن الغرر في البيوع منهي عنه مقتض لبطلان العقد، لما فيه من أكل المال بالباطل، وهو على ثلاث مراتب:

المرتبة الأولى: ما لا يعسر اجتنابه، فلا يعفى عنه، كبيع الملاقيح[4]، والمضامين[5]، وما لا يقدر على تسليمه، وأمثال ذلك.

والثانية: ما يعسر اجتنابه، ولا بد من تحمله، كبيع البيض في قشره، والرمان، والبطيخ، وكذلك الفستق، والبندق في القشرة الدنيا، وكذلك النظر إلى أُسِّ الدار في البيع، فإنه لا يشترط لما في ذلك من العسر والمشقة.

والثالثة: مرتبة متوسطة بين هاتين، فمنه ما تعظم مشقته، ولا يعسر اجتنابه، فيلحق بالأول، في بطلان البيع، كبيع الجوز واللوز في قشرته، وكإبهام المبيع من العدد اليسير من الثياب، والعبيد، ونحوهم، وبيع الأعيان الغائبة التي لم تر على القول الجديد.

ومنه: ما يخف الضرر فيه وتعظم المشقة في اجتنابه فيعفى عنه، ويلحق بالمرتبة

---

(١) والحديث بتمامه: (إن ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب قالت: يا رسول الله إني امرأة ثقيلة وإني أريد الحج، فكيف أهل، قال: (أهلي واشترطي أن محلي حيث حبستني)) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٨/ ١٣١، وابن ماجه ٢/ ٩٨٥، وسنن أبي داود ٢/ ١٥٦.

(٢) انظر الأم ٢/ ١٧٨، والروضة ٣/ ١٧٣-١٧٤.

(٣) قواعد الأحكام ٢/ ١١.

(٤) الملاقيح: جمع ملقوح، وهو لغة: جنين الناقة، وشرعاً: أعم من ذلك، وهي ما في البطون من الأجنة. انظر مغني المحتاج ٢/ ٣٠، ومعجم لغة الفقهاء ص٤٥٨.

(٥) المضامين: هي ما في أصلاب الفحول من الماء. المصدرين السابقين.

الثانية، كالاكتفاء برؤية ظاهر الصبرة[1]، وأنموذج المتماثل[2]، والاكتفاء في بدو الصلاح في الثمار بظهور مبادىء النضج والحلاوة، دون الانتهاء الكامل.

ومنها: مشروعية الخيار في البيع في مجلس العقد[3]، لما كان البيع يقع غالباً بغتة من غير ترو، ويحصل فيه الندم فيشق على العاقد، فسهل الشارع عليه ذلك، بجواز الفسخ له في مجلس العقد إذا تروى فيه، ثم لما كانت مدة التروي تحتاج إلى أكثر من ذلك شرع له اشتراط الخيار ثلاثة أيام[4]، تسهيلاً عليه ليتدارك فيها ما عساه يحصل له

---

(١) الصبرة: هي الطعام المجتمع كالكومة. انظر لسان العرب ٢/ ٤٠٥، ومعجم لغة الفقهاء ص٢٧٠.

(٢) كالبيض والجوز.

(٣) اختلف الفقهاء في خيار المجلس، فقد قال به جمهور الفقهاء ومنهم الشافعية والحنابلة، وذهب جماعة إلى إنكاره ومنهم الحنفية والمالكية واعتبروا العقد لازماً من فور انعقاده بالإيجاب والقبول، واستدل القائلون بخيار المجلس بقوله ﷺ: (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) وبآثار وردت عن الصحابة وحاجة الناس إلى مشروعيته. انظر المجموع ٩/ ١٧٤، والمغني لابن قدامة ٦/٤ طبعة دار الفكر، وفتح القدير لابن الهمام ٥/ ٨١، والموسوعة الفقهية ٢٠/ ١٧٠.

(٤) عن ابن عمر أن منقذاً سفع في رأسه مأمومة فخبلت لسانه فكان إذا بايع يخدع في البيع. فقال له رسول الله ﷺ: (بايع وقل لا خلابة، ثم أنت بالخيار ثلاثاً). نيل الأوطار ٥/ ١٨٢ دار الكتب العلمية - بيروت.

ومعنى الخيار: هو أن يكون للمتعاقد الحق في إمضاء العقد أو فسخه، وهو إما خيار مجلس، أو شرط أو رؤية، أو عيب، . . . . إلخ.

وقد ثبت خيار الشرط بالسنة والإجماع.

ويصح بالاتفاق إذا كانت مدته معلومة، ولكن اختلف في مدة الخيار المشروع على مذاهب.

أولاً: الشافعية، وأبو حنيفة، وزفر: يجوز شرط الخيار مدة معلومة لا تزيد على ثلاثة أيام.

قالوا: لأن الأصل امتناع الخيار، إلا أنه ثبت على خلاف الأصل بالأحاديث. . فيقتصر عليها، ولأن الحاجة تندفع بالثلاث غالباً. فإذا زادت المدة على الثلاث، بطل العقد عند الشافعي، وفسد البيع عند أبي حنيفة، لكنه يعود صحيحاً إذا أجاز من له الخيار في الثلاثة.

ثانياً: الحنابلة والصاحبان من الحنفية: يجوز بحسب ما يتفق عليه من المدة. قلت مدته أو كثرت. . واستدلوا بما روي عن ابن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين.

قال النووي في المجموع: وهو قول ابن المنذر قاله في الإشراف واحتج بقول النبي ﷺ: (المؤمنون على شروطهم).

ثالثاً: وقال المالكية: يجوز الخيار بقدر ما تدعو إليه الحاجة، ويختلف باختلاف الأمور، فالفاكهة التي لا تبقى أكثر من يوم، لا يجوز شرط الخيار فيها أكثر من يوم، والثياب أو الدابة ثلاثة أيام، والأرض التي لا يمكن الوصول إليها في ثلاثة أيام يجوز شرط الخيار أكثر من =

من غبن يشق عليه التزامه.

ومنها: مشروعية الإجارة، والمزارعة، والمساقاة، والقراض، وإن كان كل عقد منها معاملة على معدوم لعموم الحاجة إلى ذلك، والمشقة العظيمة في أن كل واحد لا ينتفع إلا بما هو ملكه، ويكون هو العامل على ثماره وأرضه، والمتجر في ماله، وأمثال ذلك.

وكذلك القول في السلم، والقرض، والحوالة، لما فيها من التيسير.

ومنها: جواز العقود الجائزة، كالشركة، والوكالة، والعارية، ونحوها، لأن لزوم هذه العقود يشق ويكون سبباً لعدم تعاطيها إلى غير ذلك من الوجوه المعتبرة.

النوع الثالث: التخفيفات في المناكحات، فمن أمثلته: جواز العقد على المنكوحة من غير نظر إليها. لما في اشتراط النظر من المشقة التي لا يحتملها كثير من الناس في بناتهم وأخواتهم، من نظر كل خاطب جاء إليهن، فناسب ذلك التيسير بعدم اشتراطه، بخلاف المبيع، فإن اشتراط الرؤية فيه لا يفضي إلى عسر ومشقة.

ومنها: التيسير بشرعية الطلاق لما في لزوم البقاء على الزوجية من العسر والمشقة، عند تنافر الزوجين.

ومنها: شرعية الخلع، والافتداء جعل تيسيراً على الزوجة عند امتناع الزوج من طلاقها. لإساءة عشرتها لما في ذلك من المشقة عليها، فخفف الشارع عنها ذلك بشرعية الخلع لها، وكذلك كل موضع شرع فيه للزوجة خيار الفسخ[1]، إنما كان تيسيراً عليها، لما في صبرها على الحالة المقتضية لشرعية الخيار من المشقة حين لم يجعل الشرع الطلاق بيدها.

ومنها: مشروعية الرجعة للزوج في زمن العدة تيسيراً عليه، لما كان الطلاق يقع

= ذلك.. إلخ، ودليلهم أن المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع، وهو لحاجة العاقد فيقدر بها. المجموع ٩/ ١٩٠، والمغني ٣/ ٥٨٥، والمبسوط ١٣/ ٤١، وبداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٢٠٧ طبعة دار الفكر.

(١) ومن هذه المواضع ما اتفق عليه مثل: خيار الفسخ بالعيب، كالبرص، والجب، والغرور، والعتق، والتعنين، وهو من العيوب إلا أنه أفرد لأنه يختص ببعض الأحكام كضرب المدة وغيره.
وهناك مواضع اختلف فيها مثل: إذا زوج الأب أو الجد بكراً بغير كفء وصححنا النكاح فلها الخيار بالفسخ. الروضة ٧/ ١٧٦.

غالباً بغتة في الخصام، والحرج، ويشق عليه التزامه، فشرعت الرجعة له في طلقتين يتدارك فيهما ما لحقه. ولم يشرع ذلك دائماً لما فيه من المشقة على الزوجات.

النوع الرابع: التخفيف في الظهار، والأيمان، بشرعية الكفارات، تيسيراً على المكلفين، لما في التزام موجب اليمين من المشقة على الحالف عند ندمه، وكذلك في حق المظاهر.

ومثله أيضاً: في نذر اللِّجاج[١]، والغضب، حيث شرع له التخير بين الوفاء بما نذر، وبين الكفارة، لما في الالتزام بالمنذور لجاجاً من المشقة.

النوع الخامس: التخفيف عن الأرقاء وساداتهم، بإسقاط الجمعة، والحج، والتزام الأموال في ذمتهم، لما في ذلك من المشقة على الجانبين ومشروعية الكتابة ليتوصل الرقيق المكتسب بها إلى تحرير رقبته، لما في دوام الرق من العسر، فيرغب السيد الذي لا يسمح بالعتق مجاناً بما يبذل له من النجوم في العتق.

النوع السادس: التخفيف في القصاص، شرعية التخيير لمستحق ذلك بين القصاص، وأخذ الدية، تيسيراً عليه وعلى الجاني، وإليه الإشارة بقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ﴿١٧٨﴾﴾ [البقرة: ٧٨]، فقد قيل: إنه كان في شرع موسى عليه السلام تحتم القصاص جزماً، وفي شرع عيسى عليه السلام أخذ الدية فقط[٢]، وخفف الله تعالى عن هذه الأمة بالتخيير بين الأمرين لما في الإلزام بأحد الأمرين من المشقة، إذ لو ألزموا بالقصاص فقط شق ذلك على الجناة، لأن المستحق قد يميل إلى العفو، ويشق أيضاً على المستحقين حين يميل أحدهم إلى العفو، ويكون محتاجاً إلى مال

---

(١) اللجاج: هو التماحك والتمادي في الخصومة، ونذر اللجاج سمي بذلك لوقوعه حالة الغضب، وسمي أيضاً يمين اللجاج، ويمين الغلق: وهو الذي خرج مخرج اليمين بأن يقصد الناذر حث نفسه على فعل شيء أو منعها منه غير قصد للنذر ولا القربة مثل: (إن كلمت فلاناً فلله علي أن أصوم أو نحوه).

وحكمه: الأظهر بالنسبة للشافعية، أنه بالخيار بين الوفاء بما نذر وبين كفارة يمين.

وقال الحنابلة: حكم نذر اللجاج والغضب حكم اليمين، وذلك للحديث الذي رواه النسائي ٧/ ٢٨ (لا نذر في غضب وكفارته كفارة يمين).

وقال مالك: النذر لازم على أي جهة وقع.

المجموع ٨/ ٤٥٩، والمغني ٩/ ٢، وبداية المجتهد ١/ ٤٠٩، والفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد للزلمي ١/ ١٢١.

(٢) تفسير الرازي ٥/ ٥٠ طبعة دار الفكر سنة ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م لبنان بيروت.

يعفو عليه، ولو كان الواجب الدية فقط، لشق ذلك على المستحقين إذ لا يحصل لهم التشفي إلا بالقصاص فكان التخيير بينهما تيسيراً على المكلفين.

النوع السابع: التيسير على المجتهدين أما في الأحكام الشرعية، فبإسقاط الإثم عنه عند الخطأ[١]، والتيسير عليهم بالاكتفاء بالظنون، إذ لو كلفوا بالأخذ باليقين لشق ذلك وعسر الوصول إليه، وأما في غير ذلك، فكالاجتهاد في الأواني والثياب التي تنجس بعضها، والاكتفاء بما يغلب على الظن طهارته بعد الاجتهاد، لما في التزام تنجس[٢] الجميع من العسر والمشقة.

وكذلك إذا اجتهد جميع الحجيج في يوم عرفة، فوقفوا في اليوم العاشر أجزأهم، لما في وجوب القضاء عليهم من المشقة العامة، ولم يجئ ذلك في الشرذمة اليسيرة لعدم المشقة العامة، ولتقصيرهم بانفرادهم بالوقوف عن الجمع الكثير، ولا فيما إذا كان غلطهم بالوقوف في اليوم الثامن على الأصح لندرة ذلك، فإن تكرر الشهادة بالزور مرتين في هلال شوال وذي القعدة نادر.

ومثلها أيضاً: اجتهاد الأسير في شهر رمضان فإنه يجزئه إذا وافق ما بعد الشهر تسهيلاً عليه، لما في وجوب القضاء عليه من المشقة، وكذلك إذا وافق ما قبله ولم يعلم بذلك إلا بعد انقضاء الشهر في أحد القولين، وعلى القول الآخر وهو الراجح، يجب القضاء لأن تقديم العبادة على وقتها حيث لم يشرع لا تصح بخلاف تأخيرها، فإن غايته أن يكون ذلك قضاءً ويصح الأداء بنية القضاء عند الضرورة[٣]، وكذلك العكس تيسيراً على المكلفين[٤].

---

(١) لا يسقط الإثم عنهم فقط بل ولهم أجر، فقد جاء في صحيح مسلم بشرح النووي ١٢/١٣ عن عمرو بن العاص أنه سمع رسول الله ﷺ قال: (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر).

(٢) أ: تنجيس. وج: الالتزام بتنجيس الجميع.

(٣) المجموع ٦/ ٢٨٥-٢٨٦.

(٤) إذا اراد المسلم أن يصلي فريضة فلا بد من قصد أمرين بلا خلاف:

أحدهما: فعل الصلاة.

والثاني: تعيين الصلاة المأتي بها.

واختلف العلماء في اشتراط بعض الأمور:

منها: الفريضة، هل يشترط أن ينوي فريضة الظهر؟ الأصح اشتراطها.

ومنها: الإضافة إلى الله تعالى بأن يقول: لله، والأصح أنه لا يشترط.

ومنها: القضاء والأداء، وفيها أربعة أوجه: =

وأما في الولايات: فالتيسير فيها من جهة الاكتفاء بالظنون المستفادة من الظاهر بالعدالة، والأمانة، ونحو ذلك، إذ لو شرط العلم بذلك لكان فيه غاية العسر والمشقة، ويتخرج على هذا ما تقدم في الاجتهاد من استنباط الأحكام غالب مسائل الفقه إن لم يكن جميعها لأن مبنى غالبها على الظن دون القطع، فقد تبين أن هذه القاعدة يرجع إليها غالب مسائل الفقه في غالب أبوابه. وبالله التوفيق.

تتميم

قد تقوم الحاجة مقام المشقة في حل النظر المحرم لولا تلك الحاجة، وذلك في صور:

منها: أن يريد نكاح امرأة فينظر إليها، للحديث فيه[1]، وهو مستحب على الأصح، وقيل مباح، والأمر فيه للإرشاد، ومحله الوجه والكفان على الصحيح، وفيه وجه أنه كنظر الرجل إلى الرجل[2].

ومنها: إذا منعنا النظر في الإماء إلى ما يبدو في حال المهنة على أحد الأوجه، فأراد شراءها جاز النظر إليها لذلك، وفيه وجوه:

= أ- أصحها لا يشترطان.
ب- يشترطان.
ج- يشترط نية الأداء دون القضاء.
د- إن كان عليه فائتة اشترط نية الأداء وإلا فلا.
وقال الرافعي: لا يشترط نية الأداء والقضاء بل يصح بنية القضاء، وعكسه، وقال: إن جرت هذه النية على لسانه أو في قلبه ولم يقصد حقيقة معناها فينبغي أن تصح بلا خلاف وإن قصد معناها فينبغي أن لا تصح بلا خلاف، ولو نوى الأداء إلى وقت القضاء عالماً بالحال لم تصح صلاته بلا خوف. المجموع ٣/ ٨٠، والروضة ١/ ٢٢٦.

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: كنت عند النبي ﷺ فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار فقال له رسول الله ﷺ: (أنظرت إليها؟) قال: لا، قال: (فاذهب فانظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئاً). صحيح مسلم بشرح النووي ٩/ ٢١٠.

(٢) جاء في الروضة ٧/ ٢٠، وفي شرح مختصر الجويني وجه أنه ينظر إليها كنظر الرجل إلى الرجل، وفي المسألة آراء أخرى، فقد ذهب داود إلى جواز أن ينظر إلى جميع بدنها سوى الفرج، وحُكِيَ عنه أنه ينظر إلى ما ينظر إليه في ابتياع الأمة.
وروي ذلك عن مالك. وروي عنه كقول الشافعية.
وحكي عن الأوزاعي أنه ينظر إلى مواضع اللحم منها.
وحكي عن أبي حنيفة أنه ينظر إلى وجهها وكفيها وربع ساقها.
المهذب ٢/ ٣٥، وحلية الأولياء ٦/ ٣١٨، والمغني ٧/ ٩٦.

أحدها: رؤية ما يرى من العبد.

وثانيها: رؤية ما يبدو حال المهنة.

وثالثها: رؤية الوجه والكفين، والأصح الأول[(١)].

ومنها: إذا عامل امرأة ببيع، أو غيره، أو تحمل شهادة عليها. جاز النظر إلى وجهها فقط ليعرفها، وإذا نظر إليها وتحمل الشهادة، كلفت الكشف عنه أيضاً حال الأداء[(٢)].

واعترض بعضهم، بأنهم ذهبوا إلى جواز النظر إلى الوجه والكفين من غير حاجة، ففي الحاجة أولى فلم اقتصروا هنا على الوجه؟

ويمكن الجواب عنه بأن النظر المباح هناك، ما يكون من غير قصد وتأمل، ولذلك جزموا بتحريمه عند خوف الفتنة، وفي هذه الصورة ليست له حاجة إلى الكفين فلا ينبغي تأملهما، أو يكون ذلك مفرعاً على القول: بانه لا يباح النظر عند غير الحاجة، وهو اختيار كثيرين، منهم الإصطخري، وأبو علي الطبري[(٣)] والشيخ أبو محمد[(٤)] وولده الإمام[(٥)]، وقطع به صاحب المهذب[(٦)(٧)]. والروياني.

---

(١) الروضة ٩/ ٢٣.

(٢) هذا الفرع موجود بنصه تقريباً في الروضة ٩/ ٢٩.

(٣) هو الحسين بن القاسم الطبري، نسبة إلى طبرستان، وهو إقليم متسع مجاور خراسان، تفقه ببغداد، وصنف في الأصول والجدل والخلاف، من مؤلفاته: المحرر في الخلاف المجرد، والإفصاح وهو شرح على مختصر المزني، سكن بغداد ومات فيها سنة ٣٥٠هـ. طبقات السبكي ٣/ ٢١٧، والعبر ٢/ ٢٨٦.

(٤) أ، ب: أبو بكر: والصحيح ما أثبتناه، لأن والد إمام الحرمين يكنى بأبي محمد ولا يكنى بأبي بكر، ولا يوجد كذلك ولد لإمام الحرمين اسمه أبو بكر، بل له ولد يكنى أبا القاسم واسمه مظفر.

(٥) ب: ووالده ـ المقصود بولده الإمام: إمام الحرمين الجويني.

(٦) المهذب كتاب في فقه الشافعية وهو من أجل الكتب وأشهرها تداولاً بين الشافعية، ابتدأ بتأليفه الشيرازي سنة ٤٥٥هـ وفرغ منه سنة ٤٦٩هـ وقد اعتني به فشرحه أبو إسحاق إبراهيم بن منصور العراقي المتوفى سنة ٥٩٦هـ في عشرة أجزاء متوسطة. وشرحه الشيخ ضياء الدين أبو عمرو عثمان بن عيسى الهدباني المتوفى سنة ٦٤٢هـ في قريب من عشرين مجلداً ولكنه لم يكمله وصل فيه إلى كتاب الشهادة وسماه الاستقصاء لمذاهب العلماء والفقهاء وشرحه الشيخ محيي الدين النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ ويلغ فيه إلى باب الربا ثم أخذه تقي الدين السبكي المتوفى سنة ٧٥٦هـ ولم يتمه، وقد أكمله محمد نجيب المطيعي المصري. كشف الظنون ٢/ ١٩١٢. والكتاب مطبوع عدة طبعات منها طبعة عيسى البابي الحلبي بمصر.

(٧) المهذب ٢/ ٣٥.

ومنها: جواز النظر، واللمس، للفصد والحجامة، ومعالجة العلة، والأصح: أنه يشترط أن لا يكون هناك امرأة تعالج، ثم أصل الحاجة كاف في النظر إلى الوجه، والكفين، وفي سائر الأعضاء يشترط تأكدها، وضبطه الإمام، بالقدر الذي يجوز فيه الانتقال من الماء إلى التيمم، وفاقاً وخلافاً.

وفي النظر إلى السوأتين، يعتبر مزيد تأكد، وضبطه الغزالي بأنه الذي لا يعد التكشف بسببه هتكاً للمروءة. ويعذر فيه في العادة[(١)]. وحكي عن القاضي الروياني: أنه طرد معنى الحاجة من غير تفاوت في جميع الأعضاء.

ومأخذ الأولين، أن الأعضاء لما فاوت الشرع بينها في النظر مطلقاً، فأباحه في عضو، وحرمه في آخر، كان أمر ما حرم النظر إليه، أغلظ مما أبيح ذاك فيه، فناسب عند الحاجة أن يعطى كل عضو حكمه.

ومنها: الأصح: أنه يجوز النظر إلى فرج الزانيين لتحمل شهادة الزنى، وإلى فرج المرأة للشهادة على الولادة، وإلى ثدي المرأة للشهادة على الرضاع، ولظهور الحاجة إلى ذلك.

قال الإصطخري: لا يجوز، أما في الزنى، فلأنه ندب إلى ستره، وأما في الولادة، والرضاع، فشهادة النساء فيه مقبولة، فلا يحتاج إلى تعمد الرجال النظر.

وقيل: يجوز في الزنى دون غيره، لأنه بالزنى هتك حرمة، وقيل: بالعكس[(٢)]، لأن الحد مبني على الإسقاط، والله أعلم.

القاعدة الرابعة: الضرر يزال[(٣)]:

وأصلها الحديث الذي ذكره القاضي حسين رحمه الله وهو في الموطأ[(٤)] مرسلاً[(٥)]،

---

(١) الروضة ٧/ ٢٩-٣٠.

(٢) الروضة ٧/ ٣٠.

(٣) في جميع النسخ المزال.

(٤) رواية الموطأ ٢/ ٧٤٥، عن عمر بن يحيى المازني، عن أبيه، مرسلاً تصحيح وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، والموطأ كتاب في الحديث للإمام مالك بن أنس، وهو كتاب قديم قصد فيه جمع الصحيح، ولكن الصحيح عنده لا على اصطلاح أهل الحديث، له عدة شروح منها: تنوير الحوالك على موطأ الإمام مالك للسيوطي، كشف الظنون ٢/ ١٩٠٧.

(٥) المرسل: هو ما سقط منه الصحابي، كأن يقول التابعي: قال رسول الله ﷺ. انظر تدريب الراوي ١/ ١٩٥.

وقد أسنده ابن ماجه[١]، والدارقطني[٢]، عن أبي سعيد رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (لا ضرر ولا ضرار)، وصححه الحاكم[٣] في كتاب المستدرك[٤]، وله طرق أخر[٥].

وقال أبو داود السجستاني: الفقه كله يدور على خمسة أحاديث[٦]، وهي: حديث (إنما الأعمال بالنية)[٧]، وحديث: (الحلال بين والحرام بين)[٨]، وحديث: (من أحدث في ديننا هذا ما ليس منه فهو رد)[٩]، وحديث: (لا ضرر ولا ضرار). وحديث:

---

(١) رواه ابن ماجه ٢/ ٧٨٤ عن عبادة بن الصامت، وفيه انقطاع، وعن ابن عباس وفي إسناده جابر الجعفي وهو متهم.

(٢) رواه الدارقطني في سننه عن عائشة، وابن عباس، وأبي سعيد ٤/ ٢٢٧-٢٢٨.

والدارقطني هو: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي الدارقطني، إمام من أئمة الحديث. قال الخطيب البغدادي: انتهى إليه علم الأثر ومعرفة العلل، من تصانيفه السنن والعلل الواردة في الأحاديث والضعفاء وغيرها. تاريخ بغداد ١٢/ ٣٤-٤٠، وشذرات الذهب ٣/ ١١٦-١١٧.

(٣) الحاكم: هو محمد بن عبد الله بن حمدويه بن نعيم الحافظ الحاكم النيسابوري، كان سيد المحدثين، رحل إلى مختلف البلدان لطلب الحديث، وصنف الكتب وسمع الكثير وروى عنه الجم الغفير. توفي سنة ٤٠٥هـ. طبقات الأسنوي ١/ ٤٠٥، وشذرات الذهب ٣/ ١٧٣.

(٤) المستدرك على الصحيحين للشيخ أبي عبد الله المعروف بالحاكم النيسابوري، اعتنى فيه في عدد الحديث الصحيح على ما في الصحيحين مما رآه على شرط الشيخين أو على شرط واحد منهما وما أداه اجتهاده إلى تصحيحه وإن لم يكن على شرط واحد منهما.

وقال عن حديث (لا ضرر ولا ضرار) هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي على ذلك. المستدرك مع تلخيص الذهبي ٢/ ٥٧.

(٥) للاطلاع على هذه الطرق انظر جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص٢٨٦ دار المعرفة - بيروت، وفتح المبين شرح الأربعين لابن حجر الهيتمي ص٢٧٩.

(٦) انظر سبل السلام للصنعاني ٢/ ١٧١ الطبعة الرابعة - دار إحياء التراث العربي ١٣٧٩هـ- ١٩٦٠م.

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) الحديث: عن النعمان بن بشير يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (الحلال بين والحرام بين. وبينهما مشبهات لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات كراع يرعى حول الحمى يوشك أن يواقعه، ألا وإنَّ لكل ملك حمى، ألا إن حمى الله في أرضه محارمه، ألا وإن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله، وإذا فسدت فسد الجسد كله، ألا وهي القلب). صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١/ ١٢٦، وصحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ٢٧.

(٩) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٥/ ٣٠١، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٢/ ١٦.

(من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه)[1].

وقد اختلف في الفرق بين اللفظين في هذا الحديث، فقيل: الضرر: ما كان من فعل واحد، والضرار: ما كان من اثنين كل منهما بالآخر، وإن كان الثاني على وجه المجازاة، كما في قوله ﷺ: (أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك)[2]، وقال بعضهم: يتضمن ذلك الندب إلى العفو، والصفح عن المسيء.

وقيل: الضرر: ما تضر به صاحبك، وتنتفع به أنت، والضرار: مضرة من غير أن تنتفع به. وقيل: الضرر هو الاسم، والضرار: هو المصدر، فيكون نهياً عن الفعل الذي هو المصدر، وعن إيصال الضرر الذي هو الاسم إليه، وقيل: غير ذلك[3].

فهذه القاعدة ينبني عليها كثير من أبواب الفقه بكمالها، ومسائل لا تعد كثيرة.

فمن الأبواب: رد المعيب في البيوعات[4]، لما في إلزام المشتري بالمبيع من الضرر إذ لم يدخل إلا على مبيع سالم منه.

وكذلك إثبات الخيار له عند اختلاف الصفات المشروطة في المبيع، وللبائع عند إخلاف ما شرط له من الرهن، أو التضمين[5].

وكذلك فسخ النكاح بأحد العيوب الخمسة[6]، وما ألحق بها على رأي[7]، لما في

---

(١) الموطأ ٢/ ٩٠٣، ومسند الإمام أحمد ١/ ٢٠١، وسنن ابن ماجه ٢/ ١٣١٦، وفيض القدير ٦/ ١٢-١٣ وقال النووي: حديث حسن. والفتح المبين في شرح الأربعين للهيتمي ص١٤٣.

(٢) مسند أحمد ٣/ ٤١٤، وسنن أبي داود ٣/ ٢٨٨، وسنن الترمذي رقم الحديث ١٢٦٤، ونصب الراية ٢/ ١١٩.

(٣) انظر النهاية في غريب الحديث باب الضاد مع الراء ٣/ ٨١، ولسان العرب ٢/ ٢٢٥ مادة (ضرر).

(٤) المهذب ١/ ٢٨٩، والروضة ٣/ ٤٥٨.

(٥) المجموع ٩/ ٢٥٧، والمصدرين السابقين.

(٦) ثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء وهي: البرص، والجذام، والجنون، واثنان تختص بها النساء وهما: الرتق ـ وهو انسداد محل الجماع باللحم ـ والقرن ـ وهو عظم في الفرج يمنع الجماع ـ وهناك عيبان يختصان بالرجال وهما: الجب، والعنة فتكون جملة العيوب سبعة، إلا أن المصنف أشار إلى عيوب خمسة لأنه يقصد ما يمكن في حق كل واحد من الزوجين. الروضة ٧/ ١٧٦ - ١٧٧.

(٧) وهي العيوب الأخرى التي جعلها البعض خلافاً للجمهور مثبتة للخيار، وذلك: كقول زاهر السرخسي: العذيوط والعذيوطة، إذا لم يقبلا العلاج، ويثبت به الخيار، والعذيوط: هو من يخرج منه الغائط عند الجماع. وزاد القاضي حسين، وغيره: فأثبتوا الخيار بالاستحاضة، =

المقام على ذلك من الضرر اللازم، لا سيما في جانب المرأة، حيث لا تتمكن من الطلاق، وكذلك من غر منهما بحرية الآخر، أو إسلامه، أو نسبه، أو شرط ذلك فأخلف.

ومنها: باب التفليس بكماله[(١)]، لأن الحجر عليه لدفع ضرر الغرماء بفوات أموالهم. وتمكين من وجد عين ماله من الرجوع فيه. دفعاً لضرره بفوات ذلك عليه.

وباب الحجر على الصغار، والسفهاء[(٢)]، لأنه لدفع الضرر عنهم في تضييع أموالهم.

وباب الشفعة بكماله[(٣)]، لأنها شرعت دفعاً لضرر مؤنة القسمة عن الشريك.

وكذلك تضمين الغاصب[(٤)] بأعلى القيم، زجراً عن التعدي على الناس في أموالهم.

وكتاب القصاص في النفس والطرف لهذا المعنى أيضاً، كما قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩].

وأبواب الحدود بكمالها، فشرعية حَدِّ الزنى لدفع مفسدة اختلاط الأنساب، ودفع المعرة اللاحقة بأهل المزني بها، وشرع حد السارق لدفع ضرر أخذ أموال الناس، وكذلك المحارب وحد القذف لدفع مفسدة انتهاك الأعراض، وحد الشرب لما يترتب عليه عند زوال العقل من الوقوع في كثير من هذه المفاسد، كما أشار إليه ﷺ بقوله: (الخمر أم الخبائث)[(٥)]، وقتل المرتد لما في ذلك من مفسدة التعدي على الدين. وهذه هي الضروريات المرعية بالحفظ في جميع الملل. ولما نظم المعري[(٦)] البيت الذي شكك به على الشريعة في الفرق بين الدية، والقطع في السرقة، وهو:

= وبالعيوب التي تجتمع فتنفر تنفير البرص، كالقروح السيالة وما في معناها. المصدر السابق.

(١) فتح العزيز ١٠/ ١٩٦، والروضة ٤/ ١٢٧.

(٢) الروضة ٤/ ١٧٧.

(٣) فتح العزيز ١١/ ٣٦١.

(٤) فتح العزيز ١١/ ٢٥٦.

(٥) سنن الدارقطني ٤/ ٢٤٧، ومجمع الزوائد ٥/ ٧٢، وكنز العمال رقم (١٣١٨٣)، وكشف الخفاء ١/ ٤٥٩.

(٦) هو أحمد بن عبد الله بن سليمان التنوخي، ذهب بصره في الرابعة من عمره، قال الشعر وعمره إحدى عشرة سنة، سافر إلى بلاد الشام، ومنها إلى بغداد ثم رجع إلى المعرة، وتوفي بها سنة ٤٤٩هـ، وله مصنفات كثيرة منها شعره وهو ثلاثة أقسام: لزوم ما لا يلزم، وسقط الزند، وضوء السقط، والأيك والغصون، وتاج الحرة، وعبث الوليد، ورسالة الغفران، وغيرها، ولكثير من الباحثين تصانيف في آراء المعري وفلسفته. انظر معجم الأدباء للحموي ٣/ ١٠٧، وأعلام النبلاء ٤/ ٧٧و١٨٠و٣٧٨.

يَـدٌ بخمـسٍ مئيـن عَسْجَـدٍ ودِيَـتْ　　مـا بـالُهـا قُطِعَـتْ فـي رُبْـع دينـارِ[1]

أجابه القاضي عبد الوهاب المالكي[2] بقوله:

وقـايـةُ النفـسِ أغـلاهـا وأرخصهـا　　وقـايـةُ المـالِ فـافهـمْ حكمـةَ البـاري[3]

وهو جواب بديع مع اختصاره، ومعناه: أن اليد لو كانت تودى بما تقطع فيه، أو بما يقاربه لكثرت الجنايات على الأطراف، لسهولة ما يغرم الجاني في مقابلتها فغلظ الشرع ذلك، بأن جعل ديتها ذلك المقدار حفظاً لها، ودفعاً لضرر الجناية عليها، ولو كانت لا تقطع إلا في سرقة ما تودى به، لكثرت الجنايات على الأموال، وقل من يبلغ بسرقته خمس مائة دينار، فحفظ الشارع ذلك بتقليل ما يقطع فيه حفظاً للأموال، ودفعاً لضرر الجناية عليها.

وينبني على هذه القاعدة أيضاً، وجوب نصب الإمام الأعظم، وأحكام نوابه من الأمراء والقضاة، لأن المقصود الأعظم بنصبهم، دفع الظلم عن الضعفاء، والأخذ على أيدي الجناة، والمعتدين، وإيصال الحقوق إلى مستحقيها في المحاكمات.

وكتاب قتال المشركين، لأن به يحصل دفعهم عن الاستيلاء على المسلمين، ومنعهم من إقامة الدين، وكذلك قتال البغاة[4]، لما فيه من دفع مفسدتهم على المسلمين، وكذلك دفع الصائل من الآدمي، والحيوان.

وكذلك كتاب الدعاوي، والبينات، لأنها لدفع ضرر الاستيلاء على الحقوق.

وباب القسمة، لأنها لدفع ضرر النزاع الذي يقع غالباً بين الشركاء.

وينبني عليها أيضاً، إيجاب الزكوات في أموال الأغنياء، لأنها لدفع ضرر الحاجة عن الفقراء، فأوجب الشارع في الأموال ما تسد به خَلَّتَهُمْ، فقد رجع إلى هذه القاعدة نحو النصف أو أكثر من أبواب الفقه ومسائله.

---

(١) لزوم ما لا يلزم ٢/ ٢٤٠ لأبي العلاء المعري تحقيق وشرح إبراهيم الأعرجي - مكتبة صادر - بيروت.

(٢) هو عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي، من فقهاء المالكية، له نظم ومعرفة بالأدب، ولي القضاء في اسعرد في العراق، ورحل إلى الشام وتوجه إلى مصر، فعلت شهرته، له مصنفات منها: «التلقين» في فقه المالكية، و«الإشراف في مسائل الخلاف» وغيرهما، توفي سنة ٤٢٢هـ. انظر طبقات الشيرازي ص١٦٨، والبداية والنهاية ١٢/ ٣٢.

(٣) فتح الباري ١٢/ ٩٨، والبداية والنهاية ١٢/ ٧٧.

(٤) البغاة: جمع باغ، وهو المخالف للإمام العدل، الخارج عن طاعته بامتناعه من أداء واجب عليه أو غيره. الروضة ١٠/ ٥٠.

وحاصلها: يرجع إلى تحصيل المصالح، أو تقريرها بدفع المفاسد، واحتمال أخف المفسدتين لدفع أعظمهما، ولهذا أمثلة كثيرة:

منها: ما تقدم فيمن غص بلقمة، ولم يجد ما يسيغها به إلا الخمر، فإنه يسيغها به، لأن مفسدة تناول الخمر أخف من مفسدة فوات الروح، بدليل العقوبة المترتبة على كل واحد منهما[1].

وكذلك المضطر إلى أكل الميتة، وإلى أكل مال الغير [مع ضمان البدل، لأن فوات المهجة أشد مفسدة من فوات مال الغير][2].

وكذلك التداوي بالنجاسات إذا تعين ذلك بقول أهل الخبرة، لأن تعاطيها أخف مفسدة من بقاء الألم الذي لا يحتمل مثله. وإنما جاء الخلاف في التداوي بالخمر فقط[3]، فمن أجاز ذلك. ألحقها ببقية النجاسات، وقرب ذلك من الاضطرار إلى إساغة اللقمة بها، ومن منع، احتج بقوله ﷺ: (إنها ليست بدواء ولكنها داء)[4] فمنع حصول الشفاء بها.

ومنها: إذا وجد المضطر إنساناً ميتاً، جاز له أكله، لأن المفسدة في أكل لحم ميتة الإنسان أخف من المفسدة في إتلاف حياة الإنسان.

ومنها: في مسائل الإكراه إذا أكره المسلم على قتل مسلم بغير حق، بحيث لو امتنع المكره من ذلك قتل، فلا يجوز له الإقدام على قتله، لأن صبره على القتل أخف مفسدة من الإقدام على قتل المسلم بغير حق، ويتبين ذلك بإجماع العلماء[5] على تحريم القتل بغير حق، واختلافهم في جواز الاستسلام للقتل، فقدم درء المفسدة المجمع على وجوب درئها، على درء المفسدة المختلف في درئها.

---

(١) هذا المثال يذكره الفقهاء كثيراً، ولو مثلوا بغيره لكان أولى، إذ هو حالة نادرة جداً، إذ يعني أن المسلم يستطيع الحصول على الخمر، أو أن تكون معه في سفره، فإذا كانت معه فهو عاص بحملها، وأنى له أن يحملها وينسى الماء! وإذا كان باستطاعته الحصول عليها من غيره، فمعنى ذلك أنه يستطيع الحصول على الماء من باب أولى.

(٢) الزيادة من ج.

(٣) للاطلاع على تفاصيل خلاف العلماء في ذلك انظر الموسوعة الفقهية الكويتية ١١/ ١٨٨ ـ ١٢٠.

(٤) أخرجه مسلم عن طارق بن سويد الجعفي، سأل النبي ﷺ عن الخمر فنهاه، أو كره أن يصنعها فقال: إنما أصنعها للدواء. فقال: (إنه ليس بدواء ولكنه داء). صحيح مسلم بشرح النووي ١٣/ ١٥٢، وسنن أبي داود ٤/ ٧.

(٥) قواعد الأحكام ١/ ٧٩، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٠/ ١٨٣.

ومثل ذلك: لو أكره بالقتل على الزنى، واللواط، لأن الصبر على القتل مختلف في جوازه. ولا خلاف في تحريم الزنى واللواط، أما إذا كان الإكراه بالقتل على شهادة زور، أو على حكم باطل، فإن كان المشهود به، أو المحكوم به، قتلاً، أو قطع عضو، أو إحلال بُضْع[1] محرم، لم يجز تعاطي ذلك، لأن الاستسلام للقتل أخف مفسدة من التسبب إلى قتل بغير حق، أو إحلال بضع محرم[2]. وإن كانت الشهادة أو الحكم يتضمنان إتلاف مال، أو تسليمه لغير مستحق، وكان لو امتنع من ذلك قتل، فيلزمه الإتيان بما أكره عليه، لأن حفظ مهجته أولى من حفظ المال، ومفسدة إتلاف المال أخف من مفسدة فوات المسلم، وكذلك لو كان الإكراه على شرب الخمر[3].

وأصل هذه القاعدة: قصة الحديبية[4]، ومصالحة النبي ﷺ يومئذ المشركين على الرجوع عنهم، وأن من جاء من أهل مكة مسلماً رده إليهم، ومن راح من المسلمين إليهم لا يردونه، وكان في ذلك إدخال ضيم على المسلمين، وإعطاء الدنية في الدين، ولذلك استشكله عمر رضي الله عنه[5]. لكنه احتمل لدفع مفاسد أعظم منه، وهي قتل المؤمنين والمؤمنات الذين كانوا خاملين بمكة، ولا يعرفهم أكثر الصحابة. وفي قتلهم

---

(١) البُضْعُ: الزواج وعقده، والمهر، والفرج، جمع: بضوع، وأبضاع.

(٢) العبارة: لم يجز تعاطي ذلك.. بضع محرم سقطت من ج.

(٣) قواعد الأحكام ١/ ٨٠، والروضة ٩/ ١٤٢.

(٤) انظر القصة بتفاصيلها في صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٥/ ٣٢٩- ٣٣٣، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٢/ ١٣٥- ١٤٣.

(٥) فقد كان من ضمن بنود صلح الحديبية، (أنه لا يأتي النبي ﷺ رجل من قريش إلا رده إليهم، وإن كان مسلماً، فقال المسلمون: سبحان الله كيف يرد إلى المشركين وقد جاء مسلماً؟ فبينما هم كذلك، إذ دخل أبو جندل بن سهيل يرسف في قيوده، وقد خرج من أسفل مكة حتى رمى بنفسه بين أظهر المسلمين، فقال سهيل ـ وسهيل هو مبعوث قريش للصلح مع رسول الله ﷺ وكان معه رجل اسمه مكرز ـ : هذا أول من أقاضيك عليه أن ترده إليّ. فقال النبي ﷺ: (إنا لم نقض الكتاب بعد)، قال: فوالله إذاً لم أصالحك على شيء أبداً، قال النبي ﷺ: (فاجزه لي)، قال: ما أنا بمجيزه لك، قال: (بلى فافعل) قال: ما أنا بفاعل، قال مكرز: بل أجزناه لك، قال أبو جندل: أي معشر المسلمين، أرد إلى المشركين، وقد جئت مسلماً! ألا ترون ما قد لقيت! وكان قد عذب عذاباً شديداً في الله، قال: فقال عمر بن الخطاب: فأتيت النبي ﷺ فقلت: ألست نبي الله حقاً؟ قال: (بلى). قلت: ألسنا على الحق، وعدونا على الباطل؟ قال: (بلى) قلت فلم نعط الدنية في ديننا إذاً؟ قال: (إني رسول الله ولست أعصيه وهو ناصري..) القصة. انظر المصدرين السابقين.

معرة[1] عظيمة على المؤمنين، فاقتضت المصلحة احتمال أخف المفسدتين لدفع أقواهما، وإلى هذا الإشارة بقوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا رِجَالٌ مُّؤْمِنُونَ وَنِسَآءٌ مُّؤْمِنَٰتٌ لَّمْ تَعْلَمُوهُمْ أَن تَطَـُٔوهُمْ فَتُصِيبَكُم مِّنْهُم مَّعَرَّةٌۢ بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الفتح: ٢٥]، فلما قدر الله تعالى، تميز المؤمنين المستضعفين بمكة، وخروجهم من بين أظهر المشركين سلط الله تعالى حينئذٍ رسوله ﷺ، والصحابة رضوان الله عليهم على أهل مكة، فافتتحوها كما قال تعالى تتمة الآية: ﴿لَوْ تَزَيَّلُوا۟[2] لَعَذَّبْنَا ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾ [الفتح: ٢٥]، وحديث الأعرابي الذي بال في طائفة مسجد النبي ﷺ، فزجره الناس، فنهاهم النبي ﷺ عن ذلك بقوله: (لا تُزْرِمُوْهُ)[3]، وتركه حتى قضى بوله، ثم أمر النبي ﷺ بذنوب من ماء فطهر به ذلك الموضع، وهو في الصحيحين[4]، لأن منعه حالة البول كان يؤدي إلى مفاسد أشد من بوله في ذلك الموضع، من تكثيره مواضع النجاسة في المسجد، ومن تنجيس بدنه، وثيابه، ومن احتباس البول عليه بعد خروج بعضه، فيعود عليه بداء يتأذى به.

ومن فروع هذه القاعدة أيضاً: ما إذا استحقت الأم حضانة الصغير، وأراد الأب الانتقال إلى بلد آخر، فإن له أخذه منها إذا كان ذلك البلد والطريق المفضي إليه آمنين، لأنه إذا تركه وطالت المفارقة بينه وبينه لم يؤمن من اندراس نسبه وجفائه، فيتضرر الولد والوالد بذلك، فقدمت مفسدة انتزاعه من أمه على هذه المفسدة، لا سيما مع معارضة مصلحة أخرى، وهي ما في كونه مع أبيه من مصلحة تأديبه، وتربيته، وتعليمه، فهو من الصور الآتي ذكرها التي اجتمع فيها المصالح والمفاسد.

أما إذا تساوت رتب المفاسد من كل وجه، فقد يتخير فيها في بعض الصور، وقد يتوقف إذا لم يمكن دفع جميعها.

فمن الأول:

المكره على شرب قدح خمر من قدحين متساويين، أو إتلاف درهم من درهمين، إما لرجل أو رجلين، فإنه يتخير في واحد منهما.

وكذلك إذا وجد المضطر في المخمصة حربيين متساويين، فإنه يتخير في أكل أيهما

---

(١) معرة: أي عيب، أو إثم. تفسير الرازي ٢٨/ ٩٩.

(٢) لو تزيلوا: لو تميزوا، أي لو تميز الكفار من المؤمنين الذين بين أظهرهم. تفسير الرازي ٢٨/ ١٠٠.

(٣) لا تزرموه: أي لا تقطعوه، والإزرام: القطع. لسان العرب ٢/ ٢٢ مادة زرم.

(٤) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١/ ٣٢٣، وصحيح مسلم بشرح النووي ٣/ ١٩٠.

شاء، واحترز بالمتساويين، عما إذا كان أحدهما أجنبياً عنه، والآخر قريبه، فإنه يقدم الأجنبي كما يكره له قتل قريبه في الجهاد[1].

ومثل ذلك في التخيير، ما إذا قصد المسلمين عدوّان من جهتين مختلفتين، وهما متساويان من كل وجه، فإنهم يتخيرون في دفع أيهما كان إذا تعذر رد الجميع، فلو كان أحدهما أكثر عدداً، وقوة، ونكاية في أهل الإسلام، تعين دفعهم، إلا أن تكون الطائفة الأخرى الضعيفة أقرب إلى المسلمين من القوية، بحيث يتمكنون من دفعها قبل أن تغشاهم الطائفة الأخرى، فإنه يتعين البداءة بالأقرب.

ومن الثاني:

المسألة المشهورة: إذا وقع رجل على أطفال مسلمين إن أقام على أحدهم قتله. وإن انتقل عنه إلى آخر غيره يقتله، فقد قال بعض العلماء[2]: ليس في هذه المسألة حكم شرعي، وهي باقية على الأصل في انتفاء الشرائع قبل ورودها[3]، فإن الشريعة لم تجئ بالتخيير بين هاتين المفسدتين.

وكذلك إذا اغتلم[4] البحر، بحيث علم ركبان السفينة أنهم لا يخلصون إلا بتفريق شطرهم لتخف السفينة، فإنه لا يجوز إلقاء أحد منهم بقرعة، ولا بغيرها، لأنهم مستوون في العصمة، وإن أدى ذلك إلى هلاك الجميع، نعم لو تفاوتت رتب هذه المفاسد قدمنا الأخف فالأخف، كما إذا كان في السفينة مال، أو حيوان محترم، فإنه يجب إلقاء المال، ثم الحيوان المحترم، دفعاً لمفسدة تلاف الآدميين، كما تقدم من أن المفسدة في فوات المال والحيوان أخف من المفسدة في فوات الإنسان.

وكذلك في المسألة الأولى: إذا كان في الأطفال الذين وقع عليهم أطفال الكفار، وقد اختلفوا في أنه هل يلزمه الانتقال عن الطفل المحكوم بإسلامه إلى أطفال الكفار؟

---

(١) وتزداد الكراهة إذا كان القريب محرماً، أما إذا سمع قريباً يذكر الله تعالى أو رسوله بسوء فلا يكره قتله. المهذب ٢/ ٢٣٣، والروضة ١٠/ ٢٤٣.

(٢) ذكر هذه المسألة العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام ١/ ٨٢ بلفظ قيل ولم يذكر من القائل.

(٣) حكم الأشياء قبل البعثة فيه ثلاثة أوجه:
الأول: أنها على الإباحة.
الثاني: أنها على الحظر.
والثالث: الوقف. والوقف يفسر بأنا لا ندري أهناك حكم أم لا؟ وإن كان فلا ندري أهو إباحة أم حَظْرٌ؟ المستصفى ١/ ٦٣ وقد ذكرها العلائي ص(٣٣٦).

(٤) اغتلم البحر: إذا هاج واضطربت أمواجه. لسان العرب ٢/ ١٠١٠ مادة (غلم).

قال الشيخ عزالدين بن عبد السلام: والأظهر عندي أنه يلزمه، لأن مفسدة قتلهم أخف من مفسدة قتل أطفال المسلمين[1]، بدليل أنه يجوز قتل أطفال الكفار عند التترس بهم، حيث لا يجوز ذلك في أطفال المسلمين، وهذا إذا كان أطفال الكفار معصومين بالذمة، فإن كانوا حربيين فلا ريب في لزوم الانتقال إليهم، وفيه احتمال لبعضهم[2]، وهو ضعيف، لأن هذه حينئذٍ من المفاسد المتفاوتة التي تقدمت أمثلتها.

ومنها أيضاً: أن دفع المال إلى الكفار لا يجوز، وفيه مفسدة الدنية، إلا إذا أحاط الكفار بالمسلمين من جميع الجوانب، ولم يكن فيهم مقاومة لهم، فإن دفع المال في هذه الصورة أخف مفسدة من اصطلامهم[3] المسلمين، واستيلائهم على النساء والذرية.

وكذلك أيضاً: إذا كان في يد الكفار أسرى من المسلمين، ولا يقدر على خلاصهم من أيديهم قهراً، فإنه يجوز افتداؤهم من أيديهم بالمال، لأن بقاءهم في أيديهم أعظم مفسدة من بذل المال، وهل يجب ذلك؟ فيه وجهان[4] حكاهما الروياني، وقال: أصلهما المضطر إلى أكل الميتة هل يجوز، أم يجب[5]؟

قلت: والأصح أنه يجب[6].

وهذا كله إذا تمحضت المفاسد، أما إذا اجتمعت المصالح والمفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد تعين ذلك، وإن لم يمكن الجمع بين ذلك فها هنا مَحَالُّ النظر.

وينقسم ذلك إلى ثلاثة أنواع:

أحدها: غلبة المفسدة على المصلحة، بأن تكون المفسدة أعظم من تحصيل المصلحة فيقدم درء المفسدة ولا يبالى بفوات المصلحة، بدليل قوله تعالى: ﴿ ۞يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَـٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا ﴾ [البقرة: ٢١٩]، فحرمهما الله سبحانه حين غلبت المفسدة على ما فيهما من المنافع، إذ لا نسبة لما فيهما من المنفعة إلى ما يلزمهما من المفاسد الظاهرة.

---

(١) قواعد الأحكام ١/ ٨٢.

(٢) لم أهتد إلى هؤلاء البعض.

(٣) الاصطلام: هو الاستئصال، واصطلم القوم: أبيدوا. انظر لسان العرب ٢/ ٤٦٨ مادة (صلم).

(٤) انظر المهذب ٢/ ٢٦٠.

(٥) انظر الروضة ٣/ ٢٨٢.

(٦) واختار الوجوب أيضاً النووي في زوائده على الروضة ١٠/ ٢٣٥.

وثانيها: أن تكون المصلحة أعظم من المفسدة، فتحصل المصلحة، ولا يبالى بالتزام تلك المفسدة.

النوع الثالث: أن تتساوى المصالح والمفاسد، فتارة يقال: بالتخيير بينهما، وتارة يقال بالوقف، وتارة: يقع الاختلاف بحسب تفاوت المفاسد في نظر المجتهدين.

وأمثلة هذه الأنواع كثيرة، يطول بها الكلام لكن نشير إلى يسير من كل نوع.

فمن النوع الأول: جميع ما تقدم من الأبواب، والمسائل، التي تتخرج على هذه القاعدة، فإن قطع يد السارق فيه مفسدة له، ولكن عارضها مصلحة أرجح منها، وهي حفظ الأموال عن السرقة، وكذلك القول في القصاص من الجاني، وسائر الحدود.

وأما النوع الثاني: فأمثلته كثيرة جداً.

منها: الصلاة مع اختلال أحد شروطها من طهارة الحدث، أو الخبث، أو ستر العورة، أو استقبال القبلة، كل ذلك فيه مفسدة لما فيه من الإخلال بجلال الله عز وجل في أن لا يناجى إلا على أكمل الأحوال، ومتى تعذر شيء من ذلك، أو شق تعاطيه، جازت الصلاة بدونه تقديماً لمصلحة الصلاة على هذه المفسدة، لأن تحصيل المصلحة بفعل الصلاة أهم من ارتكاب المفسدة في الإخلال ببعض شروطها عند التعذر، وهذا أيضاً يرجع إلى ارتكاب أخف المفسدتين لدفع أقواهما.

ومنها: نكاح الحر الأمة، فيه مفسدة لما فيه من إرقاق الولد، لكنه جائز عند خوف العنت[1]، وفقد طول الحرة[2]، تحصيلاً لمصلحة الناكح في إعفاف فرجه، ودفع مفسدة الوقوع في الزنى عنه، وهي كالتي قبلها أيضاً.

ومنها: قتل نساء الكفار وصبيانهم مفسدة، لما فيه من إتلاف المالية، ولكنه يجوز إذا تترس بهم الكفار، تحصيلاً لمصلحة الاستيلاء عليهم.

ومنها: الكذب مفسدة محرمة، ومتى تضمن جلب مصلحة تربو عليه جاز، مثل كذب الرجل لزوجته لإصلاحها، وحسن عشرتها، والكذب للإصلاح بين الناس أولى بالجواز لعموم المصلحة.

---

(١) العنت: دخول المشقة على الإنسان والخوف من العنت يعني الخوف من الفجور والزنى. لسان العرب ٢/ ٨٩٥، ومعجم الفقهاء ص(٣٢٣).

(٢) قال تعالى في سورة النساء: ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ... ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ ﴿٢٥﴾ ﴾.

ومنها: نبش الأموات مفسدة محرمة، لكنه واجب إذا دفنوا من غير غسل، أو إلى غير القبلة، لأن مصلحة غسلهم، وتوجيههم إلى القبلة، أعظم من توقيرهم بترك نبشهم.

وكذلك: إذا كان في جوف الميتة ولد يرجى حياته، فإنه يشق جوفها، لأن مصلحة حياته أعظم من مفسدة انتهاك أمه بشق جوفها.

ومنها: التقرير على الكفر مفسدة، وجوزه الشارع في حق أهل الكتاب إذا بذلوا الجزية، لأن تحصيل مصلحة المسلمين بالجزية وعمارة الأرض أقوى من مفسدة بقائهم.

ومنها: النظر إلى العورات مفسدة محرمة على الناظر والمنظور إليه. وكذلك كشفها، لما في ذلك من هتك الستار، ويجوز كل ذلك إذا تضمن مصلحة أعلى منه، كالمداواة، والشهادة على العيوب، ونحو ذلك.

ومنها: إتلاف أموال المسلمين مفسدة موجبة للضمان، ولا يضمن أهل الحرب الكفار ما أتلفوه على المسلمين من النفوس، والأموال على الصحيح[1]، لما في ذلك من المصلحة في ترغيبهم في الدخول في الإسلام، ومن درء المفسدة في تنفيرهم عنه.

وكذلك عدم تضمين أهل البغي ما أتلفوه على أهل العدل على الأصح من القولين[2]، للعلة التي أشرنا إليها، وهذه المسألة من النوع الثالث المختلف فيه.

ومنه أيضاً: قتل الذمي، والمعاهد في المخمصة، ليأكله المسلم المضطر، جزم الغزالي بالمنع[3] منه، وحكى البغوي في التهذيب وجهين في ذلك[4].

ومنه: هل يقطع فِلْذَةً من فخذه ليأكله إذا كان الضرر فيها متلاشياً بالنسبة إلى حاله في المخمصة؟

فيه وجهان، ولا خلاف في أنه لا يجوز أن يفعل ذلك بنفسه، ويؤثر به رفيقه المضطر.

---

(١) الروضة ١٠/ ٣٢٢ وأصل الخلاف في هذه المسألة أن الكفار هل هم مخاطبون بفروع الشرائع أم لا؟ وقد ذكر هذا الخلاف في ص٤١١ بتفاصيله وأمثلته.

(٢) المهذب ٢/ ٢٢٠.

(٣) الوجيز ٢/ ٢١٧، وممن قال بالمنع النووي. الروضة ٣/ ٢٨٤.

(٤) الروضة ٣/ ٢٨٤.

ومنه: لو غنمنا سلاحاً من الكفار، فهل يجوز أن نفادي به أسرى المسلمين الذين بأيديهم؟ فيه وجهان[(١)]:

ومنه أيضاً: اختلاف العلماء في بعض صور التهم المانعة من قبول الشهادة، ونفوذ الحكم، وهذه التهمة على ثلاثة أضرب:

الأول: ما اتفق العلماء على اعتباره، كحكم الرجل لنفسه، وشهادته لها، فإن ذلك غير نافذ، ولا مقبول، لأن قوة الداعي الطبعي قادحة في الظن المستفاد من الوازع الشرعي، قدحاً ظاهراً لا يبقى معه إلا ظن ضعيف لا يصلح للاعتماد عليه. فالمصلحة الحاصلة هنا في الحكم والشهادة، مغمورة في جنب هذه المفسدة[(٢)].

الضرب الثاني: تهمة اتفق العلماء على عدم اعتبارها، مثل الشهادة لمن يعرفه، والحكم له من غير صداقة أكيدة بينهما. فهذه غير معتبرة اتفاقاً[(٣)]. إذ لو اعتبرت لتعطلت مصالح الناس كلهم، وفاتت عليهم، فكانت المصلحة الحاصلة من دفع هذه التهمة منغمرة ضعيفة بالنسبة إلى هذه المفسدة العامة، إذ لا يخلو أحد من معرفة غيره فلا سبيل إلى الانفكاك عن ذلك.

والضرب الثالث: ما تردد بين هاتين المرتبتين. فتارة تقرب من الضرب الأول. فيقوى القول باعتبار التهمة، كالحكم، والشهادة لابنه، أو لأبيه من جهة فرط شفقة كل منهما على الآخر.

وتارة يبعد عن الضرب الأول، ويقرب من الثاني، كشهادة القريب لقريبه، والصديق لصديقه، والعتيق لمعتقه، فمذهب الشافعي وجمهور العلماء عدم اعتبارها، لضعف التهمة، وتقديم الوازع الشرعي عليها[(٤)]، واعتبرها مالك رحمه الله فرد الحكم والشهادة بها[(٥)].

---

(١) الروضة ١٠/ ٢٥١.

(٢) يقول الرسول ﷺ: «ولا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي الإحنة» تلخيص الحبير للذهبي ٤/ ٢٠٣. فالخصم: المنازع، والظنين: المتهم، وذو الإحنة: العدو. الحاوي ٢١/ ١٧١.

(٣) الحاوي ٢١/ ١٧٥.

(٤) ذهب الشافعي، وأبو حنيفة، وأحمد إلى قبول شهادة القريب لقريبه، ما عدا الوالدين والمولودين. وقال النووي لا تقبل شهادة كل ذي رحم محرم من النسب، وقال مالك: إن كان الأخ منقطعاً إلى أخيه في صلته وبره. لم تقبل شهادته له، لأنه متهم في حقه، وتقبل شهادة الصديقين المتلاطفين أحدهما للآخر. وحكي عنه أنه قال: لا تقبل.
الأم ٧/ ٤٩، وحلية العلماء ٨/ ٢٦٠، والمغني ١٢/ ٦٩-٧٠.

(٥) المدونة ٢/ ٣٣٠، والروضة ١١/ ٢٣٧.

وتارة يتردد بين هاتين المرتبتين، كشهادة الزوج لزوجته، والأخ لأخيه، والمعتق لعتيقه، لأنه قد يرثه، ومذهب مالك أيضاً اعتبارها[1]، وللشافعي رحمه الله قول مثله، لكن الأظهر خلافه[2] واعتبار هذه التهمة أولى من التي قبلها.

ومما يتخرج على قاعدة: الضرر يزال، من الفروع القريبة اشتمال العقد على مفسدة قريبة تترتب عليه، كبيع العبد المسلم من الكافر، وكذلك المصحف، وبيع السلاح من أهل الحرب، وقطاع الطريق، وبيع العصير ممن يتخذ الخمر، وأشباه ذلك.

أما بيع العبد المسلم من الكافر فهو حرام قطعاً، وفي صحته قولان:

أصحهما عند الجمهور: بطلان البيع[3]، لأن في تقريره ضرراً وهو استذلال الكافر للمسلم وقهره، وهذا جار في عقد السلم عليه، وهبته، والوصية به إذا قلنا بأنها تملك بالقبول، فأما على القول بأنها تملك بالموت فهو كالإرث، ويؤمر بإزالة الملك فيه، كما إذا أسلم عبد عند كافر[4].

وأما بيع المصحف من الكافر ففيه طريقان:

أحدهما: على القولين[5].

والثاني: القطع بالبطلان، وصححه جماعة[6]، والفرق: أن المصحف لا يدفع عن نفسه الامتهان، بخلاف العبد، فإنه يستغيث ويخبر بذلك[7].

ويجري الطريقان أيضاً في بيع كتب حديث النبي ﷺ، وكتب الفقه المتضمنة الاستدلال بالحديث، وآثار السلف[8]، وشذ الماوردي فقال: يصح ذلك[9].

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المهذب ٢/ ٣٣٠، والروضة ١١/ ٢٣٧.

(٣) وهو قول أحمد وإحدى الروايتين عن مالك.
والثاني: وبه قال أبو حنيفة أنه يصح، لأنه طريق الملك فيملك به الكافر على المسلم كالإرث، ولكن يؤمر بإزالة ملكه عنه. انظر حلية العلماء ٤/ ١١٨، وفتح العزيز ٨/ ١٠٨، والمجموع ٩/ ٣٥٥.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) أي على القولين في صحة بيع العبد، (أصحهما): أنه لا يصح البيع. (والثاني): يصح.

(٦) منهم الإمام الغزالي، الإحياء مع شرح الزبيدي ٦/ ٢٧٤، وفتح العزيز ٨/ ١٠٧.

(٧) فتح العزيز ٨/ ١٠٨، والمجموع ٩/ ٣٤٥- ٣٥٥.

(٨) المصدرين السابقين.

(٩) الحاوي ٦/ ٣٢٨، قال النووي عنه في المجموع ٩/ ٣٥٥: وهو وجه باطل.

قال المحاملي في اللباب[1]: لا يدخل العبد المسلم في ملك الكافر إلا في ست مسائل:

إحداها: الإرث.

الثانية: الرجوع بإفلاس المشتري.

الثالثة: رجوع الوالد فيما وهب من ولده.

الرابعة: الملك الضمني على الصحيح[2]، كقوله: أَعْتِقْ عبدك عني على ألف.

الخامسة: الرد بالعيب يعني على الصحيح.

السادسة: تعجيز المكاتب نفسه، واعترض النووي على عد هذه منها، لأن المكاتب لم يزل الملك عنه حتى نقول عاد.

وأجيب عنه: بأن صورتها: ما إذا ملك المكاتب عبداً مسلماً، ثم عجز المكاتب نفسه، فإنه يدخل في ملك السيد ما كان في ملك المكاتب.

واستدرك الشيخ محيي الدين[3] عليه سابعة وهي: ما إذا اشترى من يعتق عليه، إما باطناً كشراء من يعتق عليه، فإنه يصح على الصحيح، ويعتق عليه، أو ظاهراً ـ كما إذا أقر بحرية عبد في يد غيره ثم اشتراه ـ فإنه يصح تعويلاً على صاحب اليد على الصحيح. ويعتق.

واختلفوا في هذا العقد هل هو شراء صحيح أو فداء؟ والراجح: أنه شراء من جانب البائع، فداء من جانب المشتري، ولهذا قال بعضهم[4]: إن صحة البيع في هذه الصورة أولى من صحته فيمن يعتق باطناً، لأنه لا يقدر دخوله في ملكه بخلاف شراء القريب.

---

(١) اللباب: كتاب في فروع الفقه الشافعي، وهو كبير، وصغير، اختصره الإمام ولي الدين أبو زرعة أحمد بن عبد الرحيم العراقي المتوفى سنة ٨٢٦هـ، وسماه تنقيح اللباب. طبقات الأسنوي ٢/ ٣٨٢، وكشف الظنون ٢/ ١٥٤١.

(٢) يقصد المصنف بقوله: (على الصحيح): أن يشير إلى الخلاف في بيع العبد بشرط العتق، والصحيح: أنه يصح العقد والشرط.
أما وجه إيراده هنا، فلأنه لا خلاف بأن العبد المعتق عن المستدعي (وهو كافر هنا) يدخل في ملكه إذ لا عتق في غير ملك، ولكنه ملك ضمني لأن العتق يترتب على الملك في لحظة واحدة.
انظر الروضة ٣/ ٣٤٤ و٣٤٨ و٨/ ٢٩٥، والمجموع ٩/ ٣٥٨.

(٣) أي الإمام النووي.

(٤) لم أجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقه ذكر أصحاب هذا الرأي.

وقال إمام الحرمين: الأمر بالعكس، لأن في مسألة القريب حصل العتق للمسلم قطعاً، وهناك لا عتق إلا في الظاهر[١].

واستدرك الشيخ صدر الدين[٢] ثامنة وهي: ما إذا باع الكافر العبد المسلم من مسلم، ثم تقايلا المبيع، وقلنا الإقالة فسخ على الصحيح الجديد[٣].

قال الأصحاب: يصح على الأصح، فإنه سبب اختياري في تملك الكافر المسلم، وقولهم: إن الملك فيها كالمستدام، بدليل أنه لا تتجدد فيه الشفعة، وكذلك في الرد بالعيب مشكل أيضاً[٤]، لأنهم صرحوا بأنه: لو وكله ببيع عبد فباعه، ثم ردّ عليه بالعيب، أنه ليس للوكيل بيعه ثانياً على الأصح، بخلاف ما إذا أوصاه ببيع عبد، وأن يشتري بثمنه جارية فيعتقها. فإنه إذا رد على الوصي بالعيب، كان له بيعه ثانياً، وفرقوا بينهما، بأن الوصية تجعله كالموصي، بخلاف الوكالة والحكم، والفرق بنقضان ما قالوه في مسألة المقايلة والرد بالعيب، أن الملك واحد.

قلت: وبقيت أيضاً مسائل أخر.

إحداها: إذا جاز له نكاح الأمة بشرطه، وكانت لكافر هل يجوز؟ فيه وجهان:

والصحيح: الجواز، وينعقد الولد مسلماً تبعاً لأبيه وأمه، وينعقد على ملك الكافر قهراً، كالإرث، ثم يؤمر بإزالة الملك فيه بطريقة[٥].

والثانية: من صور وطء الأب جارية الابن واستيلادها أنه لا فرق بين المسلم والكافر الذمي، فيثبت الاستيلاد على القول الأظهر، وإن كان المستولد ذمياً والابن مسلماً، وكذلك أمته. ويقدر دخولها في ملكه قهراً كالإرث، ثم يكون حكمها حكم أم الولد للذمي إذا أسلمت عنده، إذ يحال بينهما، ويؤمر بالنفقة عليها إلى أن يعتقها، أو يموت.

---

(١) انظر المجموع ٩/ ٣٥٦.

(٢) صدر الدين هو الشيخ عبد الله المرجل الملقب بصدر الدين.

(٣) نقل النووي عن المتولي، والروياني أنه إذا باع الكافر عبده المسلم، ثم تقايلا، فإن قلنا: الإقالة بيع لم يصح، وإلا فوجهان. فتح العزيز ٨/ ١١١، والمجموع ٩/ ٣٥٨.

(٤) ويزول هذا الإشكال إذا قلنا: إن الفسخ بالعيب يقطع العقد، ويجعل الأمر كما كان، وليس كإنشاء العقود، ولهذا لا تثبت به المنفعة، فإذا كان الأمر كذلك كان نازلاً منزلة استدامة الملك. فتح العزيز ٨/ ١٠٩.

(٥) إما بالبيع، أو الهبة، أو العتق، ولو امتنع الكافر من إزالة ملكه عن العبد المسلم، باعه الحاكم عليه بثمن المثل، كما يبيع مال من امتنع من أداء الحق، فإن لم يجد مشترياً صبر إلى أن يوجد، وحال بينهما، ويتكسب لمالكه، وتؤخذ نفقته منه. المجموع ٩/ ٣٥٧.

والثالثة: إذا كان بين مسلم وكافر، عبد مسلم مشترك، فأعتق الكافر نصيبه وهو موسر. فإنه يقوم عليه نصيب شريكه، ويسري العتق إليه، سواء قلنا يقع العتق بنفس الإعتاق، أو بأداء القيمة[١]، لأن هذا ملك قهري كالإرث، ذكرها البغوي في التهذيب[٢] قبيل باب الصيد والذبائح، وينبغي أن يخرج ذلك على الملك الضمني في قوله: أعتق عبدك عني، وقد تقدم أن فيه خلافاً[٣].

والرابعة: ما تقدم في الوصية[٤] على وجه إذا قلنا: إنها تملك بمجرد الموت. فإنها تدخل في ملك كالإرث.

وكذلك عدها المتولي زائدة على ما تقدم أولاً، والذي جزم به الماوردي، أنه إن أسلم الموصى له، قبل موت الموصي، تثبت الوصية، وإلا فلا، وحكاها العمراني وجهاً في البيان.

الخامسة: إذا أصدق الذمي عبداً، ثم أسلم العبد في يد المرأة، ثم وجد الزوج بالمرأة عيباً، ففسخ النكاح، فإنه يرجع العبد إلى ملكه، كما تقدم في نظائره.

السادسة: إذا طلقها قبل الدخول بعد ما أسلم العبد في يدها، فإنه يرجع نصفه إليه، ويؤمران بإزالة الملك فيه.

السابعة: إذا أسلمت المرأة قبل الدخول، وقد أسلم العبد أيضاً، فإنه يرجع إلى ملك الزوج لسقوط مهرها، إذ الفرقة من جهتها، فهذه خمس عشرة مسألة، استثنيت من هذه القاعدة لمعان خاصة قامت بها، فمنها ما لا تتحقق المفسدة فيه ـ كالمستعقب للعتق ـ ومنها ما كان لضرورة الاستدراك ـ كالرد بالعيب ـ وقد ذكر أصحابنا فيما إذا باع الكافر عبداً مسلماً بثوب ثم وجد بالثوب عيباً فأراد رده، فثلاثة أوجه:

أصحها: له ذلك، كما لو وجد المسلم بالعبد المبيع عيباً، وهو مسلم فأراد رده على الكافر، فإنه يرده على الأصح، كما تقدم، ثم يؤمر بإزالة الملك فيه.

والثاني: ليس له ذلك في الصورتين، دفعاً للمفسدة في دخول العبد المسلم في ملك الكافر.

---

(١) متى تثبت السراية؟ فيها ثلاثة أقوال: أظهرها: بنفس إعتاق الشريك، والثاني: بأداء قيمة نصيب الشريك، والثالث: التوقف، فإن رأس القيمة، تبينّا حصول العتق باللفظ، وإن فات، تبينّا أنه لم يعتق. الروضة ١٢/ ١٢٠-١٢١.

(٢) المجموع ٩/ ٣٥٩.

(٣) ص(١٣٤).

(٤) تقدم ص(١٣٣).

والثالث: في هذه الصورة يرد الثوب، ولا يرجع في العبد، بل يسترد قيمته، ويصير كالتالف، وهو قوي من جهة المعنى[١].

وقد قالوا أيضاً: فيما إذا اشترى الكافر عبداً كافراً من مسلم، ثم أسلم العبد قبل قبضه، إنَّهُ يبطل البيع على وجه، كمن اشترى عصيراً فتخمر قبل قبضه، لكن الأصح أنه لا يبطل، وينصب القاضي من يقبض العبد، ثم يزيل الملك فيه، والله أعلم.

وأما بيع السلاح من أهل الحرب، فكذلك أيضاً، لا يصح على المذهب الصحيح[٢]، لما فيه من المفسدة بتمكينهم منه.

وكذلك بيع العصير ممن يتحقق منه اتخاذه خمراً، والسلاح ممن يتحقق منه أنه يقطع به الطريق، لا يصح، على الأصح، فإن لم يتحقق ذلك، ولكن كان هذا شأنه، فيكره ولا يبطل[٣]. والله سبحانه أعلم.

القاعدة الخامسة:

وهي اعتبار العادة[٤] والرجوع إليها، والحديث الذي ذكره القاضي حسين رحمه الله

---

(١) المجموع ٩/ ٣٥٧.

(٢) بيع السلاح إلى الكافر من أهل دار الحرب حرام قطعاً - لأنه لا يراد إلا للقتال. فيكون بيعه منهم تقوية لهم على قتال المسلمين ـ فإن حصل، لم ينعقد البيع على الصحيح (كما أشار المصنف)، وقال النووي: وبه قطع جماهير الأصحاب، ونقله إمام الحرمين، والغزالي عن الأصحاب، وقيل: يصح، إلا أنه حرام، قال النووي: حكي هذا الوجه الشاذ، للماوردي، والشاشي، والروياني، وأما بيع السلاح لأهل الذمة في دار الإسلام، فقال النووي: فيه طريقان، أحدهما: صحته، لأنهم في أيدينا فهو كبيعه لمسلم، والثاني: في صحته وجهان، حكاهما المتولي والبغوي.
المجموع ٩/ ٣٥٤.

(٣) قال شارح الإحياء ـ العلامة الزبيدي ـ بعد أن نقل هذا الرأي: قلت: الأصح التحريم، قاله الغزالي في الإحياء، والله أعلم. إتحاف السادة ٦/ ٢٧٤.

(٤) العرف أو العادة في اصطلاح الأصوليين هو: ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول. وقيل: هو عادة جمهور قوم من قول أو فعل، وقال ابن عابدين: العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث المصداق وإن اختلفا من حيث المفهوم.
وينقسم العرف إلى عرف قولي وعرف فعلي وكلاهما ثلاثة أنواع:
١- عرف شهد الشرع بقبوله (عرف شرعي).
٢- عرف شهد الشرع بإلغائه (عرف فاسد) وهو المخالف للدليل الشرعي من كل وجه. =

وهو: (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)[1] لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث عنه، وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفاً عليه ولكن لهذه القاعدة أدلة أخر غير هذا.

منها: قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً﴾ [الرعد: ٣٨] فإن هذا رد على من قال: ﴿مَالِ هَٰذَا الرَّسُولِ يَأْكُلُ الطَّعَامَ وَيَمْشِي فِي الْأَسْوَاقِ﴾ [الفرقان: ٧]، فأخبر الله تعالى بأن هذه عادة الرسل المتقدمين من قبله ﷺ وهذا يقتضي اعتبار العادة.

وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ ۝٥٨﴾[2] إلى آخر الآيات، فأمر الله تعالى بالاستئذان في هذه الأوقات التي جرت العادة فيها بالابتذال ووضع الثياب، فانبنى الحكم الشرعي على ما كانوا يعتادونه.

= ٣- وعرف مرسل (لم يشهد الشرع له بالاعتبار أو الإلغاء).

وللشاطبي تقسيم لطيف للعادات فالعادات المستمرة عنده ضربان:

١- العادات الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها، ومعنى ذلك أن يكون الشرع أمر بها إيجاباً أو ندباً أو نهى عنها كراهة أو تحريماً أو أذن فيها فعلاً أو تركاً.

٢- العادات الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي.

ثم هو يقسم العادات باعتبار وقوعها في الوجود إلى عادات ثابتة وعادات متبدلة: فالأولى هي: العادات العامة التي لا تختلف بحسب الأعصار والأمصار والأحوال.

والثانية: التي تختلف بحسب ذلك.

والعرف حجة عند بعض الفقهاء خاصة المالكية والحنفية.

الموافقات للشاطبي ٢/ ٢٧٩، والوجيز في أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان ص٢٥٢- ٢٥٩ مطبعة القدس ـ بغداد، والمنثور في القواعد ٣/ ٣٧٧- ٣٩٦.

(١) هو جزء من حديث موقوف على عبد الله بن مسعود رواه الإمام أحمد في مسنده ١/ ٣٧٩ من طريق عاصم عن زر بن حبيش ولفظه: (إن الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمد خير قلوب العباد، فاصطفاه لنفسه فابتعه برسالته ثم نظر في قلوب العباد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه، فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رأوه سيئاً فهو عند الله سيىء) وقال السخاوي في المقاصد الحسنة ص٣٦٧ موقوف حسن.

(٢) سورة النور، وتتمة الآية: ﴿ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِّن قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُم مِّنَ الظَّهِيرَةِ وَمِن بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَّكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الْآيَاتِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ۝٥٨﴾.

ومنها: قوله ﷺ لحمنة بنت جحش[1] رضي الله عنها: (تحيضي في علم الله ستاً أو سبعاً كما تحيض النساء وكما يطهرن ميقات حيضهن وطهورهن) رواه الترمذي[2] وصححه، وكذلك الحاكم في المستدرك[3].

وكذلك حديث أم سلمة[4] رضي الله عنها: أن امرأة كانت تهراق الدماء على عهد رسول الله ﷺ فاستفتت لها أم سلمة رسول الله ﷺ فقال: (لتنظر عدة الليالي والأيام التي كانت تحيضهن من الشهر قبل أن يصيبها الذي أصابها فلتترك الصلاة)[5]. الحديث رواه أبو داود[6] والنسائي[7] وابن خزيمة[8] وابن حبان[9] في صحيحهما.

ومنها: قوله ﷺ: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد) أخرجه مسلم[10] بهذا

---

(١) حمنة بنت جحش الأسدية أخت أم المؤمنين زينب، وكانت زوج مصعب بن عمير، كانت من المبايعات وشهدت أحد فكانت تسقي العطشى وتحمل الجرحى وتداويهم وكانت تستحاض. الإصابة ٤/ ٢٧٥.

(٢) سنن الترمذي ١/ ٢٢١- ٢٢٥. وقال هذا حسن صحيح. وقد تقدمت ترجمة الترمذي ص(٦).

(٣) المستدرك ١/ ١٧٢-١٧٣.

(٤) أم سلمة: هي هند بنت أبي أمية بن المغيرة أم المؤمنين تزوجها رسول الله ﷺ بعد وفاة زوجها أبي سلمة رضي الله عنه. الإصابة ٤/ ٤٥٨.

(٥) تتمة الحديث: (... قدر ذلك من الشهر فإذا خلفت ذلك فلتغتسل ثم لتستثفر بثوب ثم لتصل فيه).

(٦) سنن أبي داود ١/ ٦٩.

(٧) سنن النسائي ١/ ١٢٠، والنسائي هو: أحمد بن علي بن شعيب بن علي النسائي أصله من نسا وهي مدينة بخراسان رحل إلى الحجاز والشام والجزيرة والعراق ومصر لطلب الحديث توفي بمكة سنة ٣٠٣هـ. من مصنفاته «السنن الكبرى» في الحديث و«الضعفاء والمتروكون» في رجال الحديث. تذكرة الحفاظ ٢/ ٢٤١، وتهذيب التهذيب ١/ ٣٦.

(٨) لم أعثر عليه في القسم المطبوع من صحيح ابن خزيمة.
وابن خزيمة هو: أبو بكر محمد بن إسحاق الملقب بإمام الأئمة جمع بين الفقه والحديث. توفي سنة ٣١٢هـ. طبقات الشيرازي ص١٠٥، وطبقات السبكي ٢/ ١٣١.

(٩) الإحسان بترتيب ابن حبان ترتيب الأمير علاء الدين علي بن بلعان الفارسي - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م.
وابن حبان هو: أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد البستي، وهو الإمام الحافظ مصنف الصحيح وغيره. توفي سنة ٣٥٤هـ. ميزان الاعتدال للذهبي تحقيق علي البجاوي ٣/ ٥٠٧ القاهرة. وشذرات الذهب ٣/ ١٦م.

(١٠) انظر: صحيح مسلم بشرح النووي ١٢/ ١٦، وقد ورد في سنن أبي داود ٤/ ٢٠٠ بلفظ (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد).

اللفظ. فإنه دليل على اعتبار ما المسلمون عليه. إما من جهة الأمر الشرعي، أو من جهة العادة المستقرة، فإن عموم قوله: (ليس عليه أمرنا) شمله. وهذا الحديث أصل من أصول الشريعة الممهدة لقاعدة عظيمة من قواعد الدين، ويمكن رد جميع مسائل الفقه وأصوله إليه. ومما يدل عليه قريباً أن النهي عن شيء لعينه، أو لوصفه اللازم يقتضي الفساد.

ومنها: قوله ﷺ: (الوزن وزن أهل مكة، والمكيال مكيال أهل المدينة)، رواه أبو داود والنسائي وإسناده صحيح[١].

ووجه الدلالة فيه: أن أهل المدينة لما كانوا أهل نخيل وزرع اعتبر عادتهم في مقدار الكيل، وأهل مكة كانوا أهل متاجر فاعتبرت عادتهم في الوزن، والمراد بذلك فيما يتقدر شرعاً كَنُصُبِ الزكوات، ومقدار الديات، وزكاة الفطر، والكفارات ونحو ذلك.

ومنها: حديث محيصة[٢] رضي الله عنه: أن ناقة للبراء بن عازب[٣] رضي الله عنه دخلت حائطاً فأفسدت فيه، فقضى رسول الله ﷺ: (أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وعلى أهل المواشي حفظها بالليل) رواه أبو داود[٤] وصححه جماعة[٥]. وهو أدل شيء على اعتبار العادة في الأحكام الشرعية وبنائها عليها، لأن عادة الناس إرسال مواشيهم بالنهار للرعي. وحبسها بالليل للمبيت، وعادة أهل البساتين أو المزارع الكون في أموالهم بالنهار غالباً دون الليل، فبنى النبي ﷺ التضمين على ما جرت به عادتهم.

فهذه الأدلة بمجموعها تفيد القطع باعتبار العادة وترتيب الأحكام الشرعية عليها.

---

(١) سنن أبي داود ٣/ ٢٤٣، وسنن النسائي ٧/ ٢٨٤، وفي نسخ الكتاب تقديم وتأخير بالنص فجاء في النسخ: (المكيال مكيال أهل المدينة، والوزن وزن أهل مكة).

(٢) محيصة بن مسعود بن كعب بن عامر الأوسي الأنصاري أخو حويصة، ومحيصة أصغر من حويصة وأسلم قبله. الإصابة ٣/ ٣٨٨.

(٣) البراء بن عازب الأنصاري، غزا مع رسول الله ﷺ أربع عشرة غزوة، وهو الذي فتح الري سنة ٢٤هـ وشهد مع علي الجمل وصفين وقتال الخوارج. نزل الكوفة وتوفي سنة ٧٢هـ. الإصابة ١/ ١٤٢.

(٤) سنن أبي داود ٣/ ٢٩٦ ونصه: (عن البراء بن عازب قال كانت له ناقة ضاربة فدخلت حائطاً فأفسدت فيه. فكُلم رسول الله ﷺ فيها فقضى أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها وأنَّ حفظ الماشية بالليل على أهلها). رواه مالك في الموطأ عن محيصة مرسلاً. انظر موطأ مالك بشرح الزرقاني ٤/ ٣٦، وأحمد بن حنبل ٥/ ٤٣٦.

(٥) صححه الحاكم في المستدرك ٢/ ٤٨ ووافقه الذهبي.

وتنبني على هذه القاعدة من المسائل الفقهية ما لا ينعد كثرةً، وعليها اعتمد الشافعي رضي الله عنه في أقل سِنٍّ تحيض فيه المرأة، وفي وقت إمكان البلوغ، وفي قدر أقل الحيض، وأكثره وغالبه، وفي قدر الطهر الفاصل بين الحيضتين، وقدر أقل النفاس، وأكثره وغالبه، وقدر أكثر مدة الحمل، لأنه تتبع الناس، واستقرأ ذلك، فبنى الأحكام على ما ثبتت به العوائد المرعية عنده، وكذلك اعتمد عليها جماعة من العلماء في رد المستحاضة إلى عادتها المتقدمة في قدر الحيض والطهر(١) للحديث المتقدم(٢)، وأن ذلك مقدم على التمييز، وهو مذهب أبي حنيفة، وأحمد بن حنبل(٣)، وفي المذهب وجه مثله(٤). قاله ابن خيران والاصطخري: لكن الراجح من المذهب تقديم التمييز على العادة لقوله ﷺ: (إن دم الحيض أسود يعرف)(٥) الحديث، وهذا لا يمنع القول باتباع العادة في الجملة، ولكن إنما تركت هنا لتقديم ما هو أقوى منها عليها، كالترجيح في الأدلة المتعارضة.

ومنها: الرجوع إلى العادة في قصر الزمان وطوله، عند البناء على الصلاة، أو الاستئناف، حيث يكون الحكم كذلك، وفي كثرة الأفعال المنافية للصلاة، المقتضية للبطلان، وقلتها، وفي التأخير الذي يمنع الرد بالعيب، والذي لا يمنع الرد به، وفي قبض الأعيان المبيعة، والموهوبة والمرهونة، وغير ذلك، مما يترتب فيه على القبض أحكام شرعية، فإن العادة تختلف في القبض بحسب اختلاف المال، فيرجع فيه إليها، فما كان مما يتناول باليد وهو حاضر، اشترط فيه حقيقة القبض، فلو جاء به البائع، فقال له المشتري: ضعه، فوضعه بين يديه، حصل القبض، لدلالة العادة في مثله، وما كان لا يتناول بالعادة لكنه من المنقولات، فلا تكفي فيه التخلية على الصحيح المشهور في المذهب، بل لا بد فيه من النقل، والتحويل، على ما جرت به العادة. وإن كان لا ينتقل، كالعقار، والأشجار، فالتخلية كافية فيه قبضاً، جرياً على العادة أيضاً.

---

(١) للاطلاع على آراء العلماء في هذه المسألة بشكل مفصل راجع المجموع ٢/ ٣٩٦ وما بعدها، والموسوعة الفقهية الكويتية (استحاضة) ٣/ ١٩٧.

(٢) ص(١٩٦) وهو حديث أم سلمة حين استفتت الرسول ﷺ في امرأة كانت تهراق الدم فقال: (لتنظر عدة الليالي والأيام.. إلخ).

(٣) المغني ١/ ٣٣٣، والمبسوط ٣/ ١٤٧.

(٤) الروضة ١/ ١٥٠.

(٥) الحديث عن فاطمة بنت أبي جحش، أنها كانت تستحاض، فقال لها النبي ﷺ: (إن كان دم الحيضة فإنه دم أسود يعرف، فإذا كان ذلك فامسكي عن الصلاة، فإذا كان الآخر، فتوضئي وصلي فإنما هو عرق)، سنن أبي داود ١/ ٧٣، وسنن النسائي ١/ ١٢٣.

ومنها: الرجوع إليها في إحراز المال المسروق، حيث يترتب على ذلك إقامة الحد على السارق، أو درء الحد عنه، لكون الحرز ليس حرزاً لذلك المال في العادة، فالإصطبل، حرز للدواب، وإن كانت نفيسة كثيرة، وليس حرزاً للثياب والنقود، وعرصة الدار والصفة التي في جانب الدار حرزان للأواني وثياب البِذْلَةِ، دون الحلي والنقود، فإن العادة فيها الإحراز في الصناديق ونحوها، والمَتْبَنُ حرز للتبن، دون الأواني، والفرش، ونحو ذلك.

ومنها: أنَّ من زفت إليه زوجته، وهو لا يعرفها، ولم يرها قبل ذلك، يجوز له وطؤها اعتماداً على العادة المطردة في مثله، وبعد التدليس فيه.

وكذلك الأكل من الهدي المنحور المشعر بالقلادة، جائز بالإذن العرفي المطرد في مثله، ودلالة النحر والإشعار القائمين مقام صريح النطق.

وكذلك تقديم الطعام إلى الضيفان على ما جرت به العادة، يبيح الأكل منه لهم، تنزيلاً للدلالة الفعلية منزلة الدلالة القولية في ذلك.

ومنها: دخول الحمام على الوجه المأذون فيه عند فتح صاحبه جائز، لجريان العادة بذلك، ثم يجب عليه ما جرت به العادة، وللأصحاب خلاف في أن المبذول في مقابلة ماذا[1]؟ وليس هذا موضع ذكره.

وكذلك دخول دور القضاة والولاة في الأوقات التي جرت العادة للناس بالدخول فيها، ولا يحتاج إلى إذن، لجريان العادة بمثله، وهي قائمة مقام اللفظ.

ومنها: الشرب وسقي الدواب من الجداول والأنهار المملوكة المجرى، إذا كان الشرب لا يضر بمالكها جائز، إقامة للعرف مقام الإذن اللفظي.

وكذلك ما جرت العادة بالإعراض عنه من الثمار الساقطة بالطرق من الأشجار المملوكة.

ومنها: هبة[2] الأدنى من الأعلى بدون شرط الثواب هل تقتضيه؟ فيه قولان في

---

(١) هل المبذول ثمن الماء؟ أم ثمن الماء وأجرة الحمام والسطل؟ فيه أوجه:
أحدها: أنه ثمن الماء، والحمامي متطوع بحفظ الثياب، وإعارة السطل، فعلى هذا الثياب غير مضمونة على الحمامي، والسطل مضمون على الداخل.
والثاني: أنه ثمن الماء وأجرة الحمام والسطل. الروضة ٥/ ٢٣٠.

(٢) الهبة: تمليك بلا عوض، فإن انضم إليه حمل الموهوب من مكان إلى مكان الموهوب له إعظاماً له أو إكراماً فهو هدية. الروضة ٥/ ٣٦٤.

الجديد. رجح الشيخ أبو محمد والروياني الوجوب، والجمهور عدمه[1]، وقيل في قدر الثواب: إنه ما يكون ثواب مثله.

والأصح: قدر قيمة الموهوب[2]، وفي هبة المتساويين طريقان منهم من طرد القولين فيها أيضاً، والمذهب: القطع بعدم الوجوب، فإن العادة أن يطلب بمثله الصداقة.

ومنها: في الهدية إذا بعثها في ظرف لم تجر العادة برده، كقوصرة[3] التمر فإنه يكون هدية أيضاً، وإلا فيجب رده، وحينئذٍ تتبع العادة أيضاً في الأكل منه إن كان ذلك معتاداً، وإلا فيلزم التفريغ[4].

إلى غير ذلك من الصور الكثيرة، والعرف العادي فيها كلها قائم مقام اللفظ.

وكذلك هو أيضاً في تخصيص العموم، وتقييد المطلق، وله أيضاً أمثلة كثيرة.

منها: التوكيل في البيع المطلق، فإنه يتقيد بثمن المثل، وبغالب نقد البلد، تنزيلاً للعادة الغالبة منزلة صريح اللفظ، فكأنه قال: بع هذا بثمن مثله، وبنقد البلد الغالب، ويدل على ذلك، أن الوكيل لو باع بشيء تافه لا يقابل المبيع بمثله غالباً، لقطع العقلاء بأن ذلك غير مندرج في لفظه. وكذلك التوكيل في الإجارة ونحوها.

ومنها: حمل الإذن في النكاح على الكفء، ومهر المثل، لأنه المتبادر إلى الأفهام، كما في التوكيل بالبيع، فلو سكتت عن ذكر المهر، ففعل ولم يذكر مهراً، فهل يكون ذلك تفويضاً صحيحاً؟

فيه خلاف، والأصح على ما قاله الإمام: المنع، لأن العادة تقتضي التزويج بالمهر، وإن سكت فلا يكون تفويضاً إلا إذا صرحت بنفي المهر، فعلى هذا ينعقد ابتداءً بمهر المثل.

---

(١) الهبة إما مقيدة بنفي الثواب أو مقيدة بإثباته أو مطلقة، والخلاف في المطلقة فإذا وهب الأعلى للأدنى، فلا ثواب، وفي عكسه قولان: الأظهر عند الجمهور: لا ثواب، والثاني: يجب الثواب، أما إذا كانت الهبة من النظير لنظيره، فالمذهب القطع بأنه لا ثواب وقيل فيه القولان. المهذب ١/ ٤٤٧، والروضة ٥/ ٣٨٥.

(٢) قدر الثواب، هل هو قدر قيمة الموهوب؟ أم ما يرضى به الواهب؟ أم ما يعد ثواباً بمثله في العادة؟ أم يكفي ما يتمول؟ أربعة أوجه: أصحها الأول، ولو اختلف قدر القيمة فالاعتبار بقيمة يوم القبض على الأصح. المهذب ١/ ٤٤٨، والروضة ٥/ ٣٨٥.

(٣) القوصرة: وعاء من قصب يرفع فيه التمر من البواري. لسان العرب ٣/ ١٠١ مادة (قصر).

(٤) الروضة ٥/ ٣٦٨.

ومنها: لو جرى الخلع بلا ذكر مال، فهل ينزل مطلقه على استحقاق المال، حتى يجب مهر المثل؟

فيه وجهان: الأصح الوجوب لاقتضاء العرف ذلك[1].

ووقع في كلام القاضي حسين، والإمام، والغزالي، تنظير هذا الخلاف، بما لو ساقاه، أو قارضه ليتخير، ولم يذكر مالاً، هل يستحق عند العمل أم لا؟ وهو ظاهر.

ومنها: إذا باع ثمرة قد بدا صلاحها، فإنه يجب إبقاؤها إلى أوان الجِذاذ والتمكين من سقيها بمائها، لأن هذين مشروطين بالعرف فكانا كالمشروطين باللفظ.

ومنها: حمل الألفاظ في الودائع والأمانات على حرز المثل، الذي جرت به العادة في أنواع الوديعة، فلا تحفظ الجواهر النفيسة، والذهب، والفضة، في الأحراز التي تحفظ فيها الأحطاب والأتبان مثلاً، فلو حفظها المودع فيها كان مفرطاً ضامناً تنزيلاً للعرف منزلة التصريح بحفظها في حرز مثلها.

ومنها: تنزيل الصناعات على صناعة المثل في محلها، فإذا استؤجر الخياط لخياطة الكرباس[2] الغليظ أو البَزِّ[3] الرفيع، حملت خياطة كل منهما على ما يليق به، حتى لو خاط البز الرفيع بما يخاط به الكرباس الغليظ، لم يستحق أجرة، ولو زاد في خياطة الكرباس الغليظ على ما جرت به العادة، ولم يأمره صاحبه، لم يستحق أجرة الزائد، وكذلك الاستئجار على الأبنية وسائر الصنائع.

ومنها: الرجوع إلى العادة في ألفاظ الواقف وألفاظ الموصي، كما إذا أوصى لمسجد، فإنه يحمل على الصرف في عمارته ومصالحه.

وكذلك الوصية للعلماء، والفقهاء، والفقراء، والمساكين، والعلوية[4]، ونحو ذلك، والوقف عليهم يرجع فيه كله إلى العرف والعادة[5].

ومنها: الرجوع إليها في ألفاظ الأيمان التي تختلف عادات الناس في المحلوف عليه، كمن حلف لا يأكل الرؤوس، فإنها تحمل على الرؤوس المعتاد بيعها مفردة.

---

(١) الوجيز ٢/ ٤١، والروضة ٧/ ٣٧٦.

(٢) الكرباس: ثوب من القطن، وهي كلمة فارسية وقيل: فارسي معرب. لسان العرب ٣/ ٢٣٨ مادة (كربس).

(٣) البز: ضرب من الثياب. لسان العرب ١/ ٢٠٧ مادة (بزر).

(٤) يعني آل البيت (المصحح).

(٥) فلو أن شخصاً أوقف ريع عقار في زمن ما على العلماء، وكان المتعارف من لفظ العلماء في ذلك الزمن علماء الدين، قسم ذلك الريع على علماء الدين فقط.

وكذلك سائر الألفاظ في هذا الباب، كالفاكهة، والدخول، والسوق، وغير ذلك، فلو كان في شيء منها عرف خاص لأهل بلد الحالف، فسيأتي ذكره قريباً إن شاء الله تعالى.

ومنها: تنزيل إطلاق النقد في المعاملة على ما جرت به عادة ذلك البلد، حتى إن كان فلوساً حمل عليها، وليس للبائع المطالبة، بغيرها إلا أن يعينه بالعقد. فلو غلب التعامل بجنس من العروض، أو نوع منه، فهل ينصرف الثمن إليه عند الإطلاق؟ فيه وجهان:

أصحهما: ينصرف كالنقد.

وقد حكى أبو منصور بن الصباغ[1]، عن عمه أبي نصر[2]، أنه قال في الكامل[3]: إذا قال: بعتك هذا بعشرة أثواب وأطلق، وكان لها عرف ينصرف إليه كالنقدين، فلو كان النقد مختلفاً ولا غالب فيه، لم يكف الإطلاق، ولزم التعيين[4].

ومنها: إذا كان للرماة عادة في مسافة الغرض المرمي إليه، ينزل المطلق على ذلك في عقد المسابقة.

ومنها: إذا طردت عادة المبارزين بالأمان، ولم يجر بينهما شرط، فلم تنزل العادة منزلة الشرط؟ فيه وجهان:

والأصح: أنه ينزل منزلة الشرط، لاطراد العادة بذلك. إلى غير ذلك مما يطول به الكلام.

وقد شذ عن هذه القاعدة مسألتان على الظاهر من مذهب الشافعي رحمه الله الذي نص عليه:

إحداهما: استصناع الصناع الذين جرت عادتهم أنهم لا يعملون إلا بأجرة لمن استصنعهم، كالحلاق، والغسال، والصائغ وأشباههم، فقال الشافعي: إذا لم يجر من المستصنع استئجارهم، لا يستحقون شيئاً إذا عملوا[5]، وفي المذهب ثلاثة أوجه أخر.

---

(١) أبو منصور أحمد بن محمد بن محمد المعروف بابن الصباغ، كان فقيهاً حافظاً ثقة، تفقه على القاضي أبي الطيب وسمع الحديث منه ومن غيره، وحدث، توفي سنة ٤٩٤هـ، طبقات السبكي ٣/ ٣٤، وطبقات الأسنوي ٢/ ١٣٢.

(٢) المعروف بابن الصباغ.

(٣) الكامل في الخلاف بين الشافعية والحنفية لابن الصباغ. كشف الظنون ٢/ ١٣٨١.

(٤) ذكرت هذه المسألة في الروضة دون نسبتها لأحد ٣/ ٣٦٣.

(٥) الحاوي ٩/ ٢٧٦.

أحدها: الاستحقاق مطلقاً، وإن لم تجر عادة الصناع بذلك[١].

والثاني: إن بدأه العامل، لم يستحق شيئاً، وإن بدأ المصنوع له، وأمره بذلك، استحق عليه أجرة المثل[٢].

والثالث: إن كانت عادتهم لا يعملون ذلك إلا بالأجرة، وجبت لهم[٣]، وصححه الشيخ عز الدين بن عبد السلام[٤]، واستحسنه الشيخ محيي الدين[٥]، وأفتى به جماعة من شيوخنا المتأخرين، لدلالة العرف على ذلك، وقيامه مقام اللفظ، كما في أمثاله كما تقدم. ونص الشافعي، ليس فيه التعرض لما إذا كانت عادتهم جارية بذلك، وعلى هذا فما الذي يجب للعامل؟

قال النووي وغيره: أجرة المثل، وهو ظاهر.

وقال ابن عبد السلام: تجب له الأجرة التي جرت بها العادة لذلك العامل، وإن زادت على أجرة المثل، اعتباراً للعادة في ذلك[٦].

والثانية: صحة البيع بالمعاطاة[٧]، وقد نص الشافعي رحمه الله على أنه لا يصح إلا بالإيجاب والقبول، وخرج ابن سريج قولاً إنه ينعقد بالمعاطاة، فالجمهور خصصوا ذلك عنه بالمحقرات[٨]، وقال المتولي وغيره: قال ابن سريج: كل ما جرت العادة فيه بالمعاطاة وعدوه بيعاً فهو بيع، وما لم تجر العادة فيه بالمعاطاة، كالجواري، والدواب، والعقار، لا يكون بيعاً[٩].

---

(١) وبه قال إبراهيم المزني. المصدر السابق.
(٢) وبه قال أبو إسحاق المروزي. المصدر السابق نفسه.
(٣) المصدر السابق، والروضة ٥/ ٢٣٠.
(٤) قواعد الأحكام ٢/ ١١١.
(٥) المنهاج بشرح مغني المحتاج ٢/ ٣٥٢.
(٦) قواعد الأحكام ٢/ ١١١.
(٧) بيع المعاطاة: وهو أن يدفع المشتري ثمن المبيع للبائع، ويأخذ المبيع عن تراض منهما، دون أن يحصل بينهما إيجاب وقبول لفظي، وللتوسع في هذا الموضوع، ومعرفة آراء العلماء. راجع: المجموع ٩/ ١٦٣ وما بعدها، وتحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٢/ ٢-٣، وأسنى المطالب للشيخ زكريا الأنصاري ٢/ ٣.
(٨) المحقرات: قيل هي ما دون نصاب السرقة، وقيل هو كرطل ـ ٤٠٧,٦٩٥ غرام ـ خبز، وقيل ما يعد محقراً عرفاً. الروضة ٣/ ٣٣٩، والمجموع ٩/ ١٦٤، ومعجم لغة الفقهاء ص٤٤٩.
(٩) المجموع ٩/ ١٦٣.

قال المتولي: وهذا هو المختار في الفتوى، وكذلك اختاره أيضاً صاحب الشامل، والبغوي، والروياني، وكان يفتي به[1].

وقال النووي: هذا هو المختار، لأن الله تعالى أحل البيع، ولم يثبت في الشرع لفظ له، فوجب الرجوع إلى العرف، فكل ما عده الناس بيعاً كان بيعاً، كما في القبض، والحرز، وإحياء الموات، وغير ذلك من الألفاظ المطلقة، فإنها كلها تحمل على العرف[2].

وقد اختلف من ماذا خرج ابن سريج هذه المسألة.

فقيل: من مسألة الهدي إذا عطب قبل المحل، فإنه ينحره المهدي، ويغمس نعله في دمه، فيحل بذلك للمساكين[3].

وقيل: بل من مسألة الخلع إذا قال لها: أنت طالق إن أعطيتني ألفاً، فأتت بالألف ووضعتها بين يديه، فإنها تطلق، ويملك الألف، مع أنه لم يصدر منها لفظ يدل على التمليك. وكان الشيخ عزالدين يرجح تخريجه من هذه المسألة[4].

ومنهم من فرق بين البيع وهاتين المسألتين بأن الهدي من باب الإباحات، وهو معقود على المسامحة، فاغتفر فيه ما لا يغتفر في غيره، والخلع فيه شائبة التعليق، وشائبة المعاوضة، فلا يصح إلحاق المعاوضة، بما فيه من الشائبتين.

وذكر بعضهم أن مسألة المعاطاة مخرجة من مسألة الغسال المتقدمة[5]، وهو ضعيف، لأن القول بالوجوب[6] وجه كما تقدم، فلا يخرج الشافعي منها.

بل ذكر القاضي أبو سعد الهروي: أن مسألة الغسال مخرجة من مسألة المعاطاة، وهذا هو الأظهر. وخرج أبو سعد عليها فرعاً آخر، وهو ما إذا قال المدعي للحاكم: أدعي على هذا بأن لي عنده كذا وكذا، ولم يطلب منه سؤال المدعى عليه، فهل يلزم الحاكم سؤال المدعى عليه؟ فيه وجهان:

---

(١) المجموع ٩/ ١٦٣.

(٢) الروضة ٣/ ٣٣٧، والمجموع ٩/ ١٦٣.

(٣) الهدي إذا قلده صاحبه فهل يصير بالتقليد هدياً منذوراً؟ فيه قولان مشهوران: الصحيح الجديد لا يصير والقديم أنه يصير ويقام الفعل مقام القول فخرج ابن سريج من ذلك القول وجهاً في صحة البيع بالمعاطاة. المجموع ٩/ ١٦٢.

(٤) قواعد الأحكام ٢/ ١٠٧.

(٥) ص(١٤٥).

(٦) أي بوجوب الأجرة.

ووجه الوجوب: أن العادة تقتضي في مثله طلب السؤال من المدعى عليه، وإلزامه إذا توجه الحكم عليه.

فهذا ما خَفَّ ذِكْرُهُ ويَسَّرهُ الله تعالى من المسائل التي ترجع إلى هذه القاعدة، ثم تتمة الكلام عليها في ثلاثة أمور:

الأول

فيما يعتبر التكرار فيه لإفادة العادة فيه، وفيه صور:

منها: عادة المرأة من الحيض، وفيه أربعة أوجه:

أصحها باتفاق الأصحاب: أنه تثبت بمرة واحدة مطلقاً، ولا تحتاج إلى تكرار، وهو ظاهر نص الشافعي في البويطي[1].

والثاني: أنه لا بد من مرتين[2]، ولم أر أحداً صححه.

والثالث: لا يثبت إلا بثلاث مرات، حكاه الرافعي[3] عن حكاية أبي الحسن العبادي[4].

قال النووي: وهو شاذ متروك[5]، وقد نقل جماعة[6] اتفاق الأصحاب على ثبوتها بمرتين، وإنما الخلاف إنما هو في المرة الواحدة.

والرابع: تثبت في حق المبتدأة بمرة واحدة، ولا تثبت في حق المعتادة إلا بمرتين، حكاه السرخسي[7] عن ابن سريج، وقواه الماوردي، وغيره، واستغربه

---

(١) هو مختصر البويطي، لأبي يعقوب يوسف بن يحيى القرشي البويطي المتوفى سنة ٢٣٢هـ ولما صنفه قرأ على الإمام الشافعي بحضرة الربيع فلهذا يروى عن الربيع، كما قال ابن الصلاح. طبقات الأسنوي ١/ ٢٠-٢١، وكشف الظنون ٢/ ١٦٢٥.

(٢) هذا ما ذهب إليه ابن خيران، وهو ضعيف. المجموع ٢/ ٤١٨.

(٣) فتح العزيز ٢/ ٤٧٠.

(٤) أبو الحسن العبادي: هو ابن الأستاذ أبي عاصم محمد بن أحمد بن عبد الله بن عباد الهروي، وأبو الحسن كان من كبار الخراسانيين من مصنفاته كتاب «الرقم»، توفي سنة ٤٩٥هـ، تهذيب الأسماء والصفات ٢/ ٢١٤، وطبقات الأسنوي ٢/ ١٩٢.

(٥) المجموع ٢/ ٤١٨.

(٦) كالقاضي أبي الطيب والمحاملي والماوردي وإمام الحرمين. المجموع ٢/ ٤١٨.

(٧) هو عبد الرحمن بن أحمد السرخسي، كان أحد أئمة الإسلام، ومن يضرب به المثل في الآفاق في حفظ مذهب الشافعي، كان ديناً ورعاً، توفي سنة ٤٩٤هـ وله كتاب الأمالي، والسرخسي =

النووي[1]، ولم يعتبر أحد من الأصحاب أصلاً تكرار عادة تغلب على الظن، إن ذلك صار عادة.

ومنها: الأمور المشترطة في التعلم في كلب الصيد، لا خلاف في أنه لا يكتفى فيها بالمرة الواحدة، والمذهب الذي قاله الجمهور: أنه لا بد فيه من تكرار يغلب فيه على الظن حصول التعلم، وفيه وجهان آخران:

أحدهما: أنه يشترط تكرار ذلك ثلاث مرات.

والثاني: يكتفى بمرتين[2].

ومنها: فيما يرد به المبيع من العيوب، ففي الزنى يثبت الرد بمرة واحدة، لأن تهمة الزنى لا تزول عنه وإن تاب، ولذلك لا يحد قاذفه، والإباق كذلك[3]، قال القاضي حسين وغيره[4]: تكفي المرة الواحدة منه في يد البائع، وإن لم يأبق في يد المشتري.

قال الرافعي: والسرقة قريبة من هذين.

وأما البول في الفراش: فالأظهر اعتبار الاعتياد فيه[5].

ومنها: القائف[6]: لا خلاف في اشتراط التكرار فيه، وهل يكتفى بمرتين أم لا بد من ثلاث مرات؟

فيه وجهان: رجح الشيخ أبو حامد وأصحابه اعتبار الثلاث، وقال إمام الحرمين: لا بد من تكرار يغلب على الظن أنه عارف[7].

= نسبة إلى سرخس وهي مدينة في خراسان. طبقات الأسنوي ٢/ ٣٠، والعبر٣/ ٣٣٩.

(١) المجموع ٢/ ٤١٨.

(٢) الروضة ٣/ ٤٥٩.

(٣) الروضة ٣/ ٢٤٧.

(٤) كأبي علي الزجاجي، فعنه: أنه لو أبق بيد البائع، فللمشتري الرد به، وإن لم يأبق في يده. فتح العزيز ٨/ ٣٢٨.

(٥) فتح العزيز ٨/ ٣٢٨.

(٦) القائف: لغة هو من يتبع الآثار ويعرفها. لسان العرب ٣/ ١٨٨ مادة (قوف).
وفي الشرع: الذي يتتبع الآثار ويتعرف منها الذين سلكوها. وهو الذي يعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه ويلحق النسب عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم ذلك. نهاية المحتاج ٨/ ٢٤٧، ومعجم لغة الفقهاء ص٣٥٣.

(٧) الروضة ١٢/ ١٠٢.

ومنها: اختبار الصبي قبل البلوغ بالمماكسة[1] فيما يختبر مثله فيه، قالوا: يكون ذلك بمرتين فصاعداً، حتى يغلب على الظن رشده.

فائدة

قال إمام الحرمين، والغزالي، وغيرهما: العادة في باب الحيض أربعة أقسام:

أحدها: ما تثبت فيه بمرة واحدة بلا خلاف، وهو الاستحاضة ـ لأنها علة مزمنة ـ فإذا وقعت، فالظاهر دوامها، وسواء في ذلك المبتدأة، والمعتادة، والمميزة.

والثاني: ما تثبت فيه العادة بمرتين، وهل تثبت بمرة؟ فيه وجهان: الأصح الثبوت ـ وهو قدر الحيض ـ ولم يعتبروا الوجه المتقدم.

والثالث: ما لا يثبت بمرة ولا مرات على الأصح، وهو التوقف بسبب تقطع الدم، إذا كانت ترى يوماً دماً ويوماً نقاء.

والرابع: ما لا تثبت فيه العادة بمرات بلا خلاف، وهي المستحاضة إذا انقطع دمها فرأت يوماً دماً ويوماً نقاء، فاستمر لها أدوار هكذا، ثم أطبق الدم على لون واحد، فإنه لا يلتقط لها قدر أيام الدم بلا خلاف، وإن قلنا باللقط لو لم يطبق الدم.

وكذلك النفاس، فلو ولدت مرات، ولم تر نفاساً أصلاً، ثم ولدت وأطبق الدم، وجاوز ستين يوماً، لم يصر عدم النفاس عادة، بل هي مبتدأة في النفاس[2]، والله أعلم.

الثاني

العرف الخاص ببلد مخصوص، هل يلتحق بالعرف العام؟ فيه خلاف، وبيانه بصور:

منها: إذا كانت عادة المرأة في الحيض أقل من الذي استقرىء من عادات النساء، فهل الاعتبار بعادة النساء أو بعادتها؟ فيه ثلاثة أوجه[3]:

أحدها: تعتبر عادتها، وإليه ذهب الأستاذ أبو إسحاق، والقاضي حسين، عملا بظاهر الحديث المتقدم[4]، فإن فيه تعليق الحكم على عادتها المتقدمة لا مطلق العادة.

---

(١) المماكسة: هي انتقاص الثمن واستحطاطه والمنابذة بين المتبايعين. لسان العرب ٣/ ٥١٥.

(٢) المجموع ٢/ ٤٠١- ٤٠٢، والأشباه والنظائر للسيوطي ص١٨٣-١٨٤.

(٣) فتح العزيز ٢/ ٤١٤.

(٤) وهو قوله ﷺ: (لتنظر عدة الليالي والأيام التي كانت تحيضهن من الشهر قبل أن يصيبها الذي أصابها فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر فإذا خلفت ذلك فلتغتسل ثم لتستثفر بثوب ثم لتصل فيه) تقدم تخريجه ص (١٥٦).

والثاني: وهو الأصح، أنَّ الاعتبار بالغالب فيه فإنَّ الأَوَّلِيْنَ قد أعطوا البحث حقه، وبحثهم أوفى[(١)]، واحتمال عروض دم فساد، أقرب من انخراق العادة المستمرة، والحديث خرج على الغالب فإن احتمال كون تلك المرأة بهذه الصفة نادر جداً.

والثالث: إن وافق عادتها أحد من السلف، صرنا إليه، وإلا فلا.

ومنها: المبتدأة الفاقدة شرط التميز، إذا قلنا تلحق بعادة نساء عشيرتها من الأبوين، أو من العصبات، أو من أهل بلدها، على الخلاف فيه[(٢)]، فلو خالفت عادة هؤلاء عادة باقي النساء، في أقل الحيض، أو في أكثره، أو في غالبه، أو في مقدار الطهر، فيه وجهان:

أحدهما: أنها ترد إلى عادتهن[(٣)].

والثاني: وهو الأصح، أنها تلحق بالأقرب إلى عادتهن[(٤)].

مثاله: كأن كان حيضهن أقل من ست، أو أكثر من سبع، فترد إلى الست في الصورة الأولى، وإلى السبع في الثانية.

ومنها: إذا حصره السلطان ظلماً، أو بدين، وهو معسر لا يتمكن من أدائه بعدما أحرم، فهل يتمكن من التحلل؟ فيه قولان:

أصحهما باتفاق الأصحاب: جواز ذلك كالحصر العام، إذ مشقة كل واحد لا تختلف بين أن يتحمل غيره مثلها أو لا يتحمل، ومنهم من قطع بهذا القول. وهم العراقيون[(٥)].

---

(١) وهو ما ورد في فتح العزيز ٢/ ٤١٤.

(٢) ذكر الرافعي في النساء المعتبرات التي ترد إليهن المبتدأة الفاقدة شرط التميز ثلاثة أوجه (أشار إليها المصنف هنا) وزاد النووي وجهاً رابعاً، وهذه الأوجه هي:
(أحدها): ترد إلى نساء زمانها في الدنيا كلها، وإلى ذلك ذهب الشيرازي في المهذب وآخرون.
(والثاني): نساء بلدها وناحيتها.
(والثالث): نساء عصبتها خاصة. حكاه الروياني والرافعي كالمهر.
(والرابع): وهو الأصح باتفاق الأصحاب ـ نساء قرابتها من جهة الأب والأم جميعاً ـ لأن طباعها إلى طباعهن أقرب، هكذا صرح به الصيدلاني وإمام الحرمين والبغوي، وبهذا الوجه قطع البغوي ونقله إمام الحرمين عن الأكثرين.
انظر فتح العزيز ٢/ ٤٥٨، والمجموع ٢/ ٣٩٩.

(٣) قال البغوي: وهذا أقيس لأن الاعتبار بالنساء. المجموع ٢/ ٤٠٠.

(٤) قال النووي: وبهذا قطع الفوراني وإمام الحرمين والغزالي وغيرهم، وادعى الغزالي في البسيط اتفاق الأصحاب عليه. المجموع ٢/ ٤٠٠.

(٥) كالداركي والقاضي أبي حامد وأبي علي الطبري وأبي الحسين. فتح العزيز ٨/ ٢١ و٥٩، والمجموع ٨/ ٣٠٥.

ومنها: لو جرت عادة قوم بقطع الثمار قبل النضج، كالحِصْرِم في بلاد لا يحلو فيها، فهل تنزل عادتهم منزلة العرف العام، حتى يصح بيعه من غير شرط القطع؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، وقال القفال: نعم[1].

ومنها: لو جرت عادة قوم بالانتفاع بالمرهون، فهل ينزل منزلة الشرط؟ فيه خلاف، ويترتب على تنزيله منزلة الشرط، بطلان الرهن[2].

ومنها: إذا اتفقوا على مهر في السر، وعقدوا في العلانية بأكثر منه، ففيه خلاف.

والأصح أن الصداق ما عقد به، وهما قولان للشافعي، ولكن اختلفوا في موضعهما، فقيل: هو ما إذا كان الاتفاق على أن الصداق ألف، ولكن اصطلحوا على أن يعبروا في العلانية عن ألف بألفين، فعلى هذا يكون أحد القولين وهو المرجوح: أن الاعتبار بما تواضعوا عليه اصطلاحاً لهم[3].

ومنها: إذا اشتهر في العرف استعمال لفظ الحرام في الطلاق، فهل ينزل منزلة الطلاق حتى يقع به من غير نية؟ الأصح: نعم، وبه أفتى القفال، والقاضي حسين، وجزم في التهذيب لغلبة الاستعمال، وحصول التفاهم[4].

ومنها: إذا كان في عرف بعضهم الترجيح في النكاح بالانتساب إلى عظماء الدنيا والظلمة، ونحو ذلك، فهل يعتبر في الكفاءة؟ قال الإمام: لا عبرة به، وذكر الرافعي أنَّ

---

(١) فتح العزيز ٩/ ٦٤، والمجموع ١١/ ٤١٥.

(٢) المصدرين السابقين.

(٣) والأظهر أن المهر الواجب هو الألفان لجريان اللفظ الصريح به. الروضة ٧/ ٢٧٤.

(٤) إذا اشتهر في الطلاق لفظ سوى الألفاظ الثلاثة الصريحة وهي: (الطلاق والسراح والفراق) كأنت علي حرام، ففي التحاقه بالصريح أوجه:
الأول: وهو الأصح، نعم لحصول التفاهم وغلبة الاستعمال، وبهذا قطع البغوي، وعليه تنطبق فتاوى القفال والقاضي حسين والمتأخرين.
والثاني: لا، ورجحه المتولي.
والثالث: حكاه الإمام عن القفال أنه إن نوى شيئاً آخر من طعام أو غيره فلا طلاق وإن ادعاه صدق، وإن لم ينو شيئاً فإن كان فقيهاً يعلم أن الكناية لا تعمل إلا بالنية لم يقع، وإن كان عامياً سألناه عما يفهم إذا سمعه من غيره، فإن قال يسبق إلى فهمي منه الطلاق، حمل على ما يفهم، والذي حكاه المتولي عن القفال أنه إن نوى غير الزوجة فذاك، وإلا فيقع الطلاق للعرف. قال النووي: والأرجح الذي قطع به العراقيون والمتقدمون أنه كناية مطلقاً. الروضة ٨/ ٢٥- ٢٦.

كلام النقلة لا يساعده، وأنَّ صاحب التتمة قال: إن للعجم عرفاً في الكفاءة فيعتبر عرفهم[1].

ومنها: لو جرت عادة قوم أن المقترض يرد أكثر مما أخذ، فهل ينزل ذلك منزلة الاشتراط؟ فيه خلاف كما في قطع الثمار المتقدم[2].

ومنها: إذا جرت عادة قوم بحفظ زروعهم ليلاً، وإمساك مواشيهم نهاراً، فهل ينزل ذلك منزلة العرف العام؟ في العكس من ذلك الذي دل عليه الحديث المتقدم[3]، فيه وجهان:

والأصح نعم.

ومنها: ما قاله الماوردي في الحاوي أن العبد إذا تزوج، فللسيد أن يستخدمه نهاراً إن التزم المهر والنفقة، وأن يخليه ليلاً للاستمتاع، فلو كان صنعة سيده بالليل، كالحدادين، انعكس الحال[4]، وكذلك إذا كانت صناعة بعضهم في الليل، كالحارس ونحوه، وسكونه بالنهار قالوا ينعكس القسم بين زوجاته، وتنزل على عادته ولم يذكروا فيه الخلاف المتقدم في المواشي والزروع.

ومنها: قال في الحاوي أيضاً: إذا لم تَجْرِ عادة أهل القرى بأن لا يلبس نساؤهم في أرجلهن شيئاً بل يمشين حفاة، لم يلزم الزوج لأرجلهن شيء[5]، وإطلاق الجمهور يخالفهم.

ومنها: إذا حلف لا يأكل الرؤوس، وجرت عادة أهل البلد ببيع رؤوس الحيتان والصيود، منفردة فيه، حنث بأكلها هناك، وفي غيره من البلاد، وجهان: الأرجح عند الشيخ أبي حامد والروياني عدم الحنث، وأقواهما عند الرافعي، وأقربهما إلى ظاهر النص الحنث، وهل يعتبر في القطع بالحنث، كون الحالف من أهل ناحية بلد العرف الخاص أو كونه فيها؟ فيه وجهان[6]. حكاهما الشيخ أبو

---

(١) الروضة ٧/ ٨٤.

(٢) ص(١٥٢).

(٣) وهو حديث محيصة الذي سبق في ص(١٤٠) والذي قال فيه: (قضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار.. إلخ).

(٤) الحاوي ١١/ ١٠٩.

(٥) الحاوي ١٥/ ٢٠، والروضة ٩/ ٤٧.

(٦) وهذا عند الإطلاق، قال المتولي: فإن قصد أن لا يأكل ما يسمى رأساً حنث برأس السمك، =

الفرج[1].

ومنها: لو حلف لا يأكل الخبز، فالمشهور أنه يحنث بأكل جميع أنواع الخبز.

وحكى الغزالي عن الصيدلاني أنه إنما يحنث بخبز الأرز بطرستان[2] فقط[3]، يعني لاعتيادهم أكله.

واستغربه الرافعي. ثم قال: وينبغي أن يكون جيلان[4] كطبرستان، وحكى عن أبي الفرج السرخسي نقل وجهين في الحنث به بغيرها، والراجح عنده الحنث مطلقاً، وهذا الفرع والذي قبله على خلاف فروع هذه القاعدة، من جهة القطع فيهما باعتبار العرف الخاص بموضعه من غير خلاف، وجريان الخلاف في غير بلد ذلك العرف، وبقية المسائل على العكس من هذا كما تقدم، وقد قالوا فيمن حلف لا يأكل البيض. أن اليمين تحمل على ما يزايل بائضه وهو حي. فيدخل فيه بيض الدجاج، والنعام، والإوز، والعصافير، وغيرها.

وفيه وجه عن أبي إسحاق المروزي: أنه لا يحنث إلا ببيض الدجاج والإوز.

وحكى المحاملي وجهاً آخر: أنه يختص ببيض الدجاج فقط.

وقال الإمام: الطريقة المرضية، أنه لا يحنث إلا بما يفرد بالأكل في العادة، دون بيض العصافير والحمام وغيرهما[5]، وهذا كله تنزيلاً للفظ الحالف على العرف، فهذا ونحوه جاء مثله في الخبز، فإن خبز الأرز والباقلاء ونحو ذلك غير معتاد في غالب البلاد، والله أعلم.

= والطير، وإن قصد نوعاً خاصاً لم يحنث بغيره. التنبيه ص١٩٦، والمهذب ٢/ ١٣٤، والوجيز ٢/ ٢٢٧، والروضة ١١/ ٣٧.

(١) وهو أبو الفرج السرخسي.

(٢) طبرستان: وهي بلدان كثيرة منها: دهستان وجرجان وآمل وهذه البلاد مجاورة لجيلان وديلمان. خرج من نواحيها ما لا يحصى من العلماء. انظر معجم البلدان ٢/ ٢٢٧.

(٣) وهذا الوجه منسوب إلى السرخسي كذلك. انظر الوجيز ٢/ ٢٢٧.

(٤) جيلان: بالكسر اسم لبلاد كثيرة من وراء بلاد طبرستان، وليس في جيلان مدينة كبيرة، وإنما هي قرى في مروج بين الجبال، وقد نسب إليها ما لا يحصى من أهل العلم في كل فن، وعلى الخصوص في الفقه. انظر معجم البلدان ٢/ ٢٠١.

(٥) الروضة ١١/ ٣٨.

إن العرف الذي تحمل الألفاظ عليه، وتتخصص أو تتقيد به، إنما هو العرف المقارن، الذي كان سابقاً لوقت ذلك اللفظ، واستقر حالتئذٍ حتى يجعل كالملفوظ به، فأما الطارىء بعد ذلك، فلا أثر له، ولا يتنزل عليه اللفظ السابق، هذا هو الذي تقتضيه القواعد، وعليه تتخرج جميع المسائل، كما تقدم ذكر بعضه.

وينبني عليه هنا مسألتان تعم الحاجة إليهما.

إحداهما ما يتعلق بالبِطالة التي تفعل بالمدارس في الأشهر الثلاثة، وقد سئل الشيخ تقي الدين بن الصلاح[1] رحمه الله عنها فأجاب: بأن ما وقع منها في رمضان، ونصف شعبان، لا يمنع من الاستحقاق، حيث لا نص من الواقف على اشتراطه الاشتغال في المدة المذكورة وما يقع منها قبلها يمنع لأنه ليس فيها عرف مشتهر ولا وجود لها في أكثر المدارس والأماكن، فإن اتسق بها عرف في بعض البلاد، واشتهر غير مضطرب فيجري فيها في ذلك البلد الخلاف المحفوظ في أن العرف الخاص هل ينزل في التأثير منزلة العام؟ والظاهر تنزيله في أهله بتلك المنزلة. انتهى كلامه[2]، ومقتضاه أن البطالة من نصف شعبان إلى آخر شهر رمضان العرف بها مستمر شائع، والمضطرب ما قبل ذلك، ورأيت في عدة من كتب الأوقاف بدمشق المكتوبة في حدود سنة خمسين وستمائة وما يقاربها، ما يقتضي أن أيام البطالة المعهودة شعبان ورمضان، فعلى هذا كل مدرسة وقفت بعد ذلك، ولم ينص الواقف فيها على ما يتعلق بالبطالة وجوداً وعدماً، يتنزل لفظه على الحضور فيما عدا شهر شعبان، ورمضان، وما وقف في هذه الأزمان كذلك، يتنزل الأمر فيه على جواز البطالة في الأشهر الثلاثة، وأنَّ ذلك لا يمنع الاستحقاق المشروط فيها، وأما ما كان من المدارس قديماً، ففيه نظر ظاهر، وينبغي القول بعدم الاستحقاق فيها أيام هذه البطالة، لأن ذلك لا يتنزل عليه ألفاظ واقفيها. لما تقدم.

وسمعت بعض الشيوخ ينقل خلافاً في العرف الطارىء، أنه هل يخصص به الألفاظ المتقدمة؟ ولم أجد ذلك منقولاً، ولا يقتضيه النظر الفقهي، والله أعلم.

---

(١) ابن الصلاح هو: عثمان بن عبد الرحمن بن موسى الكردي الشهرزوري المعروف بابن الصلاح، وكان أحد فضلاء عصره في التفسير والحديث والفقه وأسماء الرجال، وإذا أطلق الشيخ في علماء الحديث فالمراد به هو، من تصانيفه «مشكل الوسيط»، وكتاب الفتاوى وعلوم الحديث وغيرها، توفي سنة ٦٤٣هـ. شذرات الذهب ٥/ ٢٢١، والأنس الجليل ٢/ ٤٤٩.

(٢) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٦.

الثانية: نقل الرافعي عن أبي الفضل بن عبدان[(١)] أنه لا يجوز بيع شيء في كسوة الكعبة، ولا شراؤه، ومن حمل منه شيئاً لزمه رده، ولم يعترض عليه[(٢)].

وحكى النووي نحوه عن الحليمي[(٣)] وابن القاص، وقال ابن الصلاح[(٤)] الأمر فيها إلى الإمام يصرفها في بعض مصارف بيت المال، بيعاً وعطاء، واستحسنه النووي[(٥)].

والذي ينبغي القول به في هذه الأزمان، جواز شرائها لأن العادة استقرت في السنين المتقدمة. بأنها تبدل في كل سنة، ويأخذ بني شيبة[(٦)] سدنة الكعبة ـ شرفها الله تعالى ـ تلك العتيقة يتصرفون فيها بالبيع وغيره، وتقرهم الأئمة في كل عصر على ذلك، وبقي ذلك عرفاً مستمراً، كأنه مأذون فيه لهم من جهة الإمام، لعدم الاعتراض عليهم مع علمهم به. فلا يتردد في جواز ذلك، وأما بعد ما أنفق في هذه القُرَبِ من وقف الإمام ضيعة معينة على أن يصرف ريعها في كسوة الكعبة. فلا يتردد في جواز ذلك، لأن الوقف بعد استقرار هذه العادة والعلم بها فيتنزل لفظ الواقف عليها، وهذا ظاهر لا يعارضه المنقول المتقدم لتغير الحال بعده، والله أعلم.

بقي هنا شيء يتعين التنبيه عليه، وهو أن جماعة منالأصوليين[(٧)] صرحوا بأن التخصيص والتقييد إنما يقع بالعادة القولية دون الفعلية، ومثلوا القولية بما إذا غلب في

---

(١) هو عبد الله بن عبدان شيخ همدان وعالمها ومفتيها أخذ عن ابن الآل وغيره، صنف كتاباً في الفقه سماه «شرائط الأحكام» توفي في صفر سنة ٤٣٣هـ. طبقات السبكي ٣/ ٢٠٤، وطبقات الأسنوي ٢/ ١٨٨.

(٢) فتح العزيز ٧/ ٥١٣.

(٣) هو القاضي أبو عبد الله الحليمي الحسين بن الحسن بن محمد بن حليم البخاري فقيه شافعي قال فيه الحاكم: كان شيخ الشافعيين بما وراء النهر توفي سنة ٤٠٣هـ، من تصانيفه: «منهاج الدين» و«شعب الإيمان». طبقات الأسنوي ١/ ٤٠٤، وشذرات الذهب ٣/ ١٦٧.

(٤) ابن الصلاح هو: عثمان بن موسى الشهرزوري الكردي أبو عمرو تقي الدين المعروف بابن الصلاح ولد سنة ٥٧٧هـ قرب شهرزور وانتقل إلى الموصل ثم إلى خراسان فبيت المقدس ثم دمشق وتوفي فيها سنة ٦٤٣هـ. شذرات الذهب ٥/ ٢٢١ وطبقات الحسيني ٢٢٠- ٢٢١.

(٥) الروضة ٣/ ١٦٨، والأشباه والنظائر ص١٩٣.

(٦) بنو شيبة: نسبة إلى شيبة بن عثمان، بطن من قريش من العدنانية. معجم قبائل العرب ٢/ ٦٢٢ تأليف عمر رضا كحالة المطبعة الهاشمية بدمشق ١٣٦٨هـ- ١٩٤٩م.

(٧) كالغزالي والآمدي والقرافي. المستصفى ٢/ ١١١، وشرح تنقيح الفصول للقرافي تحقيق طه عبد الرؤوف ص٢١٢ دار الفكر ـ الطبعة الأولى ١٣٩٣هـ- ١٩٧٣م، والإحكام للآمدي ٢/ ١٥٧.

العرف استعمال الدابة في بعض ما يدب كالحمار مثلاً، فإن لفظ المطلق للدابة ينزل عليه، أما لو كان فعلاً مجرداً كما لو كانت عادتهم أنهم لا يأكلون إلا طعاماً مخصوصاً، ثم ورد حكم يتعلق بلفظ الطعام فإنه لا يتنزل ذلك اللفظ على الطعام الذي لم تجر عادتهم إلا بأكله دون غيره.

ونقل الآمدي في الإحكام[1] عن أبي حنيفة القول بذلك في العرف الفعلي كما في القولي، وبالغ القرافي في ذلك وذكر أنه طالع ستة وثلاثين مصنفاً في أصول الفقه على هذا الموضع، ولم يجد أحداً حكى الخلاف فيه صريحاً إلا الآمدي، وربما نسبه فيه إلى الوهم، وأنه التبس عليه، مع أن القرافي حكى قبل ذلك بأسطر يسيرة، عن المازري[2] أنه في شرح البرهان[3]، مثل العادة الفعلية بقوله ﷺ: (إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبعاً . . .)[4] أن عادتهم أنهم لا يضعون في أوانيهم التي تصل إليها الكلاب إلا الماء. قال فهل يختص ذلك بالماء، أو يعم جميع ما يتصور فيه الولوغ؟ فيه خلاف في مذهب مالك رحمه الله تعالى[5]، ثم قال القرافي بعد ذلك: والظاهر انعقاد الإجماع في المسألة، أي لا تخصيص بالعادة الفعلية، وأي تعارض بين الفعل والوضع حتى يقضي عليه!

وتأول ما نقله المازري على أنه يرجع إلى العادة القولية، أي إنهم لم يكونوا يقولون ولغ الكلب إلا في إناء فيه ماء، وقد أشار المازري إلى ذلك، وقد قال القرافي قبل

---

(١) الإحكام ٢/ ٢٥٧. وهو كتاب في أصول الفقه رتب على أربع قواعد الأولى في مفهوم أصول الفقه، والثانية في الأدلة السمعية، والثالثة في أحكام المجتهدين، والرابعة في الترجيح، قيل: إنه فرغ من تأليفه سنة ٦٢٥هـ. كشف الظنون ١/ ١٧.

(٢) المازري هو: محمد بن علي بن عمر التميمي المازري نسبة إلى مازر بلدة في صقلية، لقب بالإمام، فقيه أصولي قال صاحب الديباج: كان آخر المشتغلين من شيوخ إفريقية بتحقيق الفقه ورتبة الاجتهاد ولم يكن في عصره للمالكية أفقه منه، من تصانيفه (إيضاح المحصول في برهان الأصول) للجويني و(تعليق على المدونة) في عشرة مجلدات وغيرها، توفي سنة ٥٣٦هـ. وفيات الأعيان ٤/ ٢٨٥، والديباج ص٢٧٩.

(٣) البرهان كتاب في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني واسم الشرح إيضاح المحصول في برهان الأصول. معجم المؤلفين ١١/ ٣٢، وكشف الظنون ١/ ٢٤١.

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ٣/ ١٨٢، وسنن النسائي ١/ ٥٣، وشرح السنة للبغوي ٢/ ٧٤ تحقيق زهير الشاويش وشعيب الأرناؤوط الطبعة الثانية ١٩٨٣م- ١٤١٠هـ المكتب الإسلامي.

(٥) هناك إشارة إلى هذا الخلاف في الأم للشافعي (كتاب اختلاف مالك والشافعي) باب (الكلب يلغ في الإناء أو غيره). انظر الأم ٧/ ٦٩٤ طبعة دار الشعب.

ذلك: العادة قد تكون عادة الناس، وقد تكون عادة صاحب الشرع، فإن كانت عادة الناس، خصصت العمومات التي تنطق بها الناس في وصاياهم، وأيمانهم، ونذورهم، وطلاقهم، وغير ذلك من تصرفاتهم، فكل من له عادة في لفظ حمل لفظه على عرفه الذي يقع نطقه به، أما المتأخر عن نطقه، فلا يخصص لفظه سواء كانت العادة خاصة أو عامة.

ثم قسم بعد ذلك العوائد إلى القولية والفعلية، وجزم في الفعلية بما تقدم، وفي أثناء كلامه ما يقتضي أنه لا يتخصص به ألفاظ الناس أيضاً[١]، والذي قاله الإمام في البرهان[٢]، والغزالي في المستصفى[٣] وغيرهما تقييد ذلك الحكم بألفاظ الشارع مع اطراد عادة أهل زمانه بفعل خاص فيه.

ولهذا فصل الإمام فخر الدين في كتابه المحصول[٤]، بين العادة التي علم من حالها أنها كانت في زمن النبي ﷺ وأقر عليها بعد[٥] علمه بها وبين غيرها، وقال بالتخصيص في حالة التقرير دون ما عداها، وكل هذا مشكل[٦].

---

(١) لعل ما نقله المصنف عن القرافي في كتابه شرح المحصول فقد أشار في (الفروق) إلى ذلك وقال: «وقد حكى جماعة من العلماء الإجماع في أن العرف الفعلي لا يؤثر بخلاف العرف القولي ورأيت المازري في شرح البرهان حاول الإجماع في ذلك ونقل عن بعض الناس أنه نقل خلافاً في ذلك (يقصد في ذلك نقل الآمدي الخلاف عن أبي حنيفة والله أعلم) ونقل مثلاً عنه وفي ذلك نظر وقد نقلتها في شرح المحصول وبينت معناها وأنه ليس خلافاً في اعتبار العرف الفعلي بل لذلك معنى آخر والظاهر حصول الإجماع فيه ولم أر أحداً جزم بحصول الخلاف فيه» الفروق ١/ ١٧٤.

(٢) البرهان ١/ ٤٤٧، والبرهان كتاب قيم ذكره حاجي خليفة في كشف الظنون ١/ ٢٤٢، وقد حققه الدكتور عبد العظيم الذيب وطبع بدولة قطر سنة ١٣٩٩هـ.

(٣) المستصفى ٢/ ١١١-١١٢.

(٤) المحصول من الكتب المعتمدة في علم أصول الفقه وهو مع نظافة نظمه ولطافة حجمه استكثره أكثرهم في زمنه فالتمس بعضهم منه اختصاراً مع زيادات من قبله، فأجاب. كشف الظنون ٢/ ١٦١٥.
وقد حققه الدكتور طه جابر فياض وقد طبعته محققاً جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في المملكة العربية السعودية.

(٥) ج: بعدم.

(٦) لأن التخصيص حينئذ يكون إقرار الرسول ﷺ وليس العادة، أما إذا لم يعلم هل كانت هذه العادة في زمن الرسول ﷺ أم لم تكن موجودة فحينئذ تحتمل التخصيص وتحتمل عدمه. المصدر السابق ص١٩٩.

أما في ألفاظ الشارع ﷺ فقد حكى الرافعي عن الإمام الشافعي رضي الله عنه، أنه لما حمل الأمر في قوله ﷺ عن الرقيق: (أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون)[1]. الحديث على الاستحباب دون الوجوب، حمل الحديث على أن الخطاب للعرب الذين كانت مطاعمهم وملابسهم متقاربة، وهو كما نقل. فإن الشافعي رحمه الله قال في هذا الموضع: كان حال الناس فيما مضى ضيقاً، وكان كثير ممن اتسعت حالهم مقتصداً، ومعاشهم ومعاش رقيقهم متقارباً، فأما من لم يكن حاله كذلك، وخالف معاشهم معاش السلف والعرب بأكل رقيق الطعام، ولبس جيد الثياب، فلو آسى رقيقه كان أكرم، وأحسن، وإن لم يفعل فله ما قال النبي ﷺ: (نفقته وكسوته بالمعروف)[2]، وهو عندنا ما عرف لمثله في بلده الذي يكون فيه. هذا لفظ الشافعي رحمه الله[3]. فأنت تراه كيف خصص عموم لفظ النبي ﷺ بما كانت عادتهم فعله في تلك الأزمان.

وأما في ألفاظ الناس، فقد تقدم من المسائل الكثيرة جداً ما تضمن اعتبار الفعل وحده، وينزل عليه الحكم، وغالبها مما لا يخالف فيه فقهاء المذاهب، وهذا هو الحق الذي لا محيد عنه، فليتنبه له والمرجع إلى ما استقر عليه آراء الفقهاء في الفروع الفقهية لا إلى ما يقتضيه البحث الذي ذكره من تقدم في الأصول. وقد نَجَزَ الكلام في هذه القاعدة، وبتمامها تبين أن جميع مسائل الفقه، يمكن ردها إلى هذه القواعد الخمس، إما قريباً ظاهراً وهو الغالب، وإما بوسائط يرجع إليها وترد تلك إلى إحدى هذه القواعد.

ونشرع الآن في سرد القواعد الجزئية مبتدئاً منها بالأصولية على ما تقدم ذكره وبالله التوفيق.

---

(١) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١/ ٨٤، وصحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ١٣٢- ١٣٣ عن المعرور بن سويد قال: مررت بأبي ذر بالربذة وعليه برد وعلى غلامه مثله فقلنا يا أبا ذر لو جمعت بينهما كانت حلة فقال إنه كان بيني وبين رجل من إخواني كلام وكانت أمه أعجمية فعيرته بأمه فشكاني إلى النبي ﷺ فلقيت النبي ﷺ فقال: (يا أبا ذر إنك امرؤ فيك جاهلية) قلت يا رسول الله من سب الرجال سبوا أباه وأمه فقال: (يا أبا ذر إنك امرؤ فيك جاهلية هم إخوانكم جعلهم الله تحت أيديكم فأطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ولا تكلفوهم مما يغلبهم فإن كلفتموهم فأعينوهم).

(٢) موطأ مالك ص٩٨٠، وصحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ١٣٤.

(٣) الأم طبعة دار الشعب ٥/ ٩١.

قاعدة

الأدلة على ثلاثة أضرب وهي: أدلة مشروعية الأحكام، وأدلة تصرف الأحكام، وأدلة وقوع الأحكام.

فالضرب الأول: محصور شرعاً، وينقسم إلى متفق عليه، ومختلف فيه.

فالأول: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس الصحيح، إذا لم نعتدَّ بخلاف الرادين له من الظاهرية ومن وافقهم.

والثاني: أنواع وهي: الاستدلال[١]، والاستصحاب، وشرع من قبلنا[٢]، ومذهب الصحابي[٣] والخلفاء الأربعة أو أبي بكر وعمر رضي الله عنهم أجمعين، والاستحسان[٤]، والمصالح المرسلة[٥]، والبراءة الأصلية، والأخذ بالأخف[٦]،

---

(١) كالاستدلال على فساد الشيء بعدم الدليل على صحته أو الاستدلال على فساد الشيء بفساد نظيره أو الاستدلال على عدم الحكم بعدم الدليل. البحر المحيط ٦/ ٧-٩.

(٢) المقصود به: الأحكام التي شرعها الله تعالى لمن سبقنا من الأمم، وموضع خلاف العلماء فيه هو: الأحكام التي جاءت بها نصوص الكتاب أو السنة ولم يقم الدليل على بقاء الحكم أو عدم بقائه فذهب الحنفية إلى حجيته.
وذهب آخرون إلى عدم اعتباره. أصول السرخسي ٢/ ٩٩ وما بعدها، والإحكام للآمدي ٤/ ١٨٦ وما بعدها.

(٣) محل النزاع في قول الصحابي هو: قوله الصادر عن الرأي والاجتهاد، أما قوله الذي يضاف إلى زمن النبي ﷺ أو قوله فيما لا مساغ للعقل فيه أو قوله الذي لا يعرف له مخالف مع ذيوعه وانتشاره فلا خلاف في حجية ذلك. أصول السرخسي ٢/ ١٠٥، والمستصفى ١/ ٢٦٠، والإحكام للآمدي ٤/ ٢٠١.

(٤) الاستحسان هو: العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه هو أقوى، اقتضى العدول. كشف الأسرار ٤/ ٣.
وقد ذهب الحنفية والمالكية إلى حجيته بينما ذهب الشافعي إلى عدم حجيته. إحكام الفصول في أحكام الأصول للباجي تحقيق د. عبد الله الجبوري ص٥٦٤ الطبعة الأولى ـ مؤسسة الرسالة. والإحكام للآمدي ٤/ ٢١١.

(٥) ومحل النزاع هي المصالح التي لم ينص الشرع على إلغائها واعتبارها، فقد قال بها المالكية والحنابلة وأنكرها الحنفية والشافعية. الإحكام للآمدي ٤/ ٢١٦، ومختصر ابن الحاجب ٢/ ٢٤٢.

(٦) الأخذ بالأخف قد يكون بين المذاهب وقد يكون بين الاحتمالات المتعارضة أماراتها. البحر المحيط ٦/ ٣١.

وأفراد بعض ما تقدم كإجماع أهل المدينة[١]، وإجماع العترة[٢]، وإجماع أهل الكوفة[٣]، والإجماع السكوتي[٤]، وإجماع لا قائل بالفرق وقياس الشبه[٥]، وقياس لا قائل بالفرق، وأشباه ذلك[٦]، فكل واحد منها متوقف على مدرك شرعي يقتضي أن ذلك الدليل نصبه صاحب الشرع لاستنباط الأحكام بطريقه.

والضرب الثاني محصور أيضاً، وينقسم كذلك إلى متفق عليه، ومختلف فيه.

فالأول: الإقرار، وشهادة العدلين، أو العدل والمرأتين، وأيمان القسامة مع اللوث، وأيمان اللعان، وأخبار المرأة عن حيضها وطهرها، واليد المستمرة على الأملاك، ونحوها. والاستطراق الدال على اشتراك أهل المحلة فيما يستطرقون فيه، وإن كانت السكة غير نافذة، وأشباه ذلك.

والثاني: مثل الشاهد واليمين، واليمين مع النكول، والشاهد والنكول، والمرأتين والنكول، وأربع نسوة في بعض الصور[٧]، وشهادة الصبيان، والنكول المجرد، ومعاقد القمط[٨]، وإنصاف اللبن[٩]، والجذوع الموضوعة على الجدران، ووصف

---

(١) وإليه ذهب الإمام مالك. المستصفى ١/ ١٨٧، والمحصول ٢/ ق١/ ٢٨٨، والبحر المحيط ٤/ ٤٨٣.

(٢) عترة ارجل أقرباؤه من ولد وغيره. والمقصود هنا عترة الرسول ﷺ وهم علي وفاطمة والحسن والحسين. وقد قالت الزيدية والإمامية بحجية إجماع العترة. المحصول ٢/ ق١/ ٢٤٠، والبحر المحيط ٤/ ٤٩٠، ولسان العرب ٢/ ٦٧٧.

(٣) ذهب بعض العلماء إلى حجية إجماع أهل الحرمين - مكة والمدينة - والمصرين - البصرة والكوفة - وذلك لاعتقادهم تخصيص الإجماع بالصحابة وكانت هذه البلاد موطن الصحابة. البحر المحيط ٤/ ٤٩٠.

(٤) الإجماع السكوتي هو: أن يقول أهل الاجتهاد بقول وينتشر ذلك في المجتهدين من أهل ذلك العصر فيسكتون ولا يظهر منهم اعتراف ولا إنكار. إرشاد الفحول ص٨٤.

(٥) قياس الشبه هو: ما تجاذبه الأصول من كل أصل شبهاً. البحر المحيط ٥/ ٤٠.

(٦) كالأخذ بأقل ما قيل، والاستقراء وسد الذرائع وغيرها.

(٧) وذلك فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والرضاع. المهذب ٢/ ٣٣٤.

(٨) القَمْطُ هو الشد، ومعاقد القمط ما تشد به الأخماص، والخص البيت الذي **يعمل** من القصب. لسان العرب ٣/ ١٦٣.

(٩) اللَّبِن جمع لبنة وهي: التي يبنى بها وتكون مضروبة من الطين مربعاً أو مستطيلاً. لسان العرب ٣/ ٣٣٨.

اللقطة، وتبين عفاصها[1]، ووكائها[2]، وأخبار الاستفاضة، وغير ذلك مما اختلف فيه العلماء، في نصبه سبباً لترتيب الحكم عليه، والقضاء به، ويسمى هذا الضرب في اصطلاح كثير من الفقهاء بالحجاج.

وأما الضرب الثالث: فهو غير محصور، فإن الزوال مثلاً سبب لوجوب صلاة الظهر، ودليل حصول الزوال ووقوعه في العالم متكثر لا ينحصر. كالاصطرلاب[3]، والميزان، وربع الدائرة، والشكازية، والزرقالة[4]، والرخامة البسيطة، والعيدان المركوزة في الأرض، وجميع آلات الظلال والبَنْكَام الرملي، والطنجهارة، وسائر آلات المياه، والمشاهدة بالبصر عند من له إدراك لذلك، أو بعد جنوح الشمس كثيراً، وقياس الوقت بالتلاوة والأذكار عند الأعمى، ونحوه إلى غير ذلك من الأنواع التي لا تنحصر، مما يفيد العلم بوقوع الزوال أو الظن كإخبار الواحد به، وهكذا جميع الأسباب، والشروط، والموانع، لا يتوقف معرفة شيء منها على نصب دليلٍ يدل على وقوعه من جهة الشرع. بل المتوقف هو سببية السبب، وشرطية الشرط، ومانعية المانع، فأما وقوع ذلك في الوجود فلا، بل هو موكول إلى المكلفين به، وأدلته لا تنحصر، ولا يمكن القضاء عليها بالتناهي.

فالضرب الأول من الأدلة، يعتمد عليه المجتهدون في الأحكام، والضرب الثاني يعتمد عليه الحكام في فصل الخصومات، والضرب الثالث يعتمد عليه جميع المكلفين، والله أعلم.

تقسيم للضرب الأول:

بالنسبة إلى إفادة اليقين أو الظن، الأدلة تنقسم إلى قسمين: نقلية وغير نقلية.

وغير النقلية على أربعة أضرب:

---

(١) العفاص هو: الوعاء الذي تكون فيه اللقطة. لسان العرب ٢/ ٨٢٤.

(٢) الوكاء كل سير أو خيط يشد به فم السقاء أو الوعاء. لسان العرب ٣/ ٩٧٨.

(٣) الاصطرلاب: آلة قديمة لقياس ارتفاعات الأجرام السماوية، اخترعه هيبا خوس أو أبولونيوس، وأول عربي صنعه وكتب عنه إبراهيم الفزاري المتوفى سنة ٧٧٧هـ. الموسوعة العربية الميسرة بإشراف محمد شفيق غربال ١/ ١٤٨ دار إحياء التراث العربي.

(٤) الزرقالة: نوع من أنواع الاصطرلاب اسمه الصحيفة الزرقالية، نسبة إلى الزرقالي، أبي إسحاق إبراهيم بن يحيى وهو من أوائل الذين أثبتوا حركة أوج الشمس. الموسوعة العربية الميسرة ١/ ٩٢٣.

الأول: ما اتفق على كونه قطعياً، وهو الإجماع المتحقق انعقاده، المتفق عليه، ومن خالف[1] في دلالته اليقين، إنما هو لصعوبة الوصول إلى تحقيقه، ولا ريب في أنه متحقق في كثير، ولسنا نعني كالصلوات الخمس، بل كاستحقاق بنت الابن السدس مع البنت، وأمثال ذلك[2].

والثاني: ما اتفق على أنه ظني، كالاستدلال، والاستصحاب، وشرع من قبلنا، وما تقدم معها عند من يجعل شيئاً من ذلك دليلاً يتمسك به في الأحكام، فإن القائلين بهذه لا يختلفون في أنها ظنية.

والثالث: القياس وهو ينقسم إلى جلي، وخفي.

فالخفي منه دلالته ظنية اتفاقاً. واختلف في الجلي، هل هو قطعي أم لا؟

والحق أن ما قطع فيه بالإلحاق عند الناس كلهم، كقياس الأمة على العبد في السراية عند عتق المبعض في قوله ﷺ: (من أعتق شركاً له في عبد)[3] الحديث، فدلالته قطعية.

وكذلك مفهوم الموافقة[4] عند من يقول إنه قياس جلي، لكنه غير الراجح، وما نزل عن هذه الدرجة فليس بقطعي، فإن الجلي في اصطلاح الأصوليين: ما قطع فيه بنفي الفارق، وقد يقطع بعض المجتهدين بنفي الفارق بين المسألتين[5]، وغيره يبدي فارقاً، وإن كان مختلاً.

---

(١) كالخوارج والمعتزلة. المحصول ٢/ق١/٤٦ وما بعدها، والأحكام للآمدي ١/٢٨٦، ومسلم الثبوب وشرحه فواتح الرحموت ٢/ ٢١٣.

(٢) كتوريث الجدة السدس. نيل الأوطار ٦/ ١٧٥.

(٣) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٥/ ١٥١، وقد ورد بألفاظ مختلفة وتتمة الحديث: (.. فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق)، وصحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ١٣٧.

(٤) مفهوم الموافقة: ما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت موافقاً لمدلوله في محل النطق ويسمى فحوى الخطاب. ولحن الخطاب، كتحريم شتم الوالدين وضربهما من دلالة قوله تعالى: ﴿ولا تقل لهما أف﴾ فإن الحكم المفهوم من اللفظ في محل السكوت موافق للحكم المفهوم في محل النطق. الإحكام للآمدي ٣/ ٩٤.

(٥) الإحكام للآمدي ٤/ ٣.

والرابع: دلالة الإشارة، والتنبيه، والإيماء[1]، وأنواع مفهوم المخالفة، وكلها ظنية اتفاقاً.

وأما الأدلة النقلية، وهي في مرادنا الكتاب، والسنة، إذ تقدم في ذكر الظني، مذهب الصحابي، وهو نقلي فهذا القسم على أربعة أضرب:

الأول: ما هو قطعي السند والمتن.

والثاني: ما هو ظنيهما جميعاً.

والثالث: قطعي السند ظني المتن.

والرابع: عسكه.

فالأول: كالآيات الصريحة من القرآن العظيم، التي اتفق العلماء على أن المراد بها مدلولها، أو كانت لا تحتمل غير ذلك[2]، ومثلها الأحاديث المتواترة[3] المفيدة للعلم اتفاقاً، وهي نصوص في مواردها لا تحتمل غير مدلولها، إلا أن هذا الضرب من الأحاديث نادر جداً، لقلة الأحاديث الجزئية المتواترة قد استوى فيها الطرفان والواسطة[4]، فإذا انضم إلى ذلك نصوصية المتن كانت أندر[5].

---

(١) يقسم الأصوليون من المتكلمين دلالة النص إلى قسمين:
الأول: دلالة المنظوم: وهي دلالة صريح اللفظ على تمام معناه الاصطلاحي، أو على جزئه وتسمى دلالة المنطوق.
الثاني: دلالة غير المنظوم وهو ما دلالته لا بصريح صيغته ووضعه، وذلك لا يخلو إما أن يكون مدلوله مقصوداً للمتكلم أو غير مقصود فإن كان مقصوداً فلا يخلو إما أن يتوقف صدق المتكلم أو صحة الملفوظ به عليه أولا يتوقف. فإن توقف فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة الاقتضاء، وإن لم يتوقف فلا يخلو إما أن يكون مفهوماً في محل تناوله اللفظ نطقاً أو لا، فإن كان الأول فتسمى دلالته دلالة التنبيه والإيماء، وإن كان الثاني فتسمى دلالته دلالة المفهوم، وأمّا إن كان مدلوله غير مقصود للمتكلم فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة الإشارة. الإحكام للآمدي ٣/ ٩٠، ومسلم الثبوت بشرح فواتح الرحموت ١/ ٤٠٦ وما بعدها.

(٢) كقوله تعالى: ﴿قل هو الله أحد﴾.

(٣) المتواتر هو: عبارة عن خبر جماعة بلغوا في الكثرة إلى حيث حصل العلم بقولهم. المحصول ٢/ ق١/ ٣٢٣. والآمدي ٢/ ٢٠، وتدريب الراوي ٢/ ١٧٧.

(٤) أي أولها متواتر وآخرها متواتر ووسطها متواتر.

(٥) من الأحاديث المتواترة لفظاً ومعنى قوله ﷺ: (من كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار). صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١/ ٣٠٢، قال ابن الصلاح رواه اثنان وستون من الصحابة، =

والثاني: كالأحاديث التي هي خبر واحد، ولم يقترن بسندها شيء مما قال بعض العلماء إنه يفيد العلم[1]، وليست متونها نصوصاً في مواردها، بل هي ظواهر تقبل الاحتمال، أو قام دليل على أن ظاهرها غير مراد[2]، أو على تخصيص عمومها[3]، أو تقيد مطلقها[4]، أو غير ذلك مما يمنع أن تكون دلالة متونها قطعية.

والثالث[5]: كآيات القرآن العامة التي دخلها التخصيص[6]، أو المطلقة التي تقيدت[7] بخبر واحد ونحوه، أو قام دليل قاطع على أن ظاهرها غير مراد. أو كانت ظاهرة الدلالة، ولكن تطرق احتمال التأويل[8] إليها غير ممتنع ولا بعيد، إلى غير ذلك

= وقال غيره رواه أكثر من مائة نفس.

ويقول السيوطي قال شيخ الإسلام ما ادعاه ابن الصلاح من عزة المتواتر وكذا ما ادعاه غيره من العدم ممنوع لأن ذلك نشأ من قلة الاطلاع على كثرة الطرق وأحوال الرجال وصفاتهم المقتضية لإبعاد العادة أن يتواطؤوا على الكذب أو يحصل منهم اتفاقاً، قال ومن أحسن ما يقرر به كون المتواتر موجوداً كثرة الأحاديث، إن الكتب المشهورة المتداولة بأيدي أهل العلم شرقاً وغرباً المقطوع عندهم بصحة نسبتها إلى مؤلفيها إذا اجتمعت على إخراج حديث وتعددت طرقه تعدداً تحيل العادة تواطؤهم على الكذب أفاد العلم اليقيني بصحته إلى قائله. قلت: (أي السيوطي). قد ألفت في هذا النوع كتاباً لم أسبق إليه سميته الأزهار المتناثرة في الأخبار المتواترة مرتباً على الأبواب. تدريب الراوي ٢/ ١٧٩.

(١) كالخبر المحتف بالقرائن والذي تلقته الأمة بالقبول والتصديق كأحاديث الصحيحين، وقد ذكرها المصنف في صفحة ١٨٨.

(٢) كقوله ﷺ: (لا صلاة لجار المسجد إلا في السجد). رواه البيهقي ٣/ ٧٥، والدارقطني ١/ ٤٢٠.

(٣) كقوله ﷺ: (فيما سقت الأنهار والغيوم العشر) صحيح مسلم بشرح النووي ٧/ ٥٤، فهو عام خصصه قوله ﷺ: (ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة). صحيح مسلم بشرح النووي ٧/ ٥٠.

(٤) كقوله: (لا نكاح إلا بولي). رواه أبو داود ٢/ ٢٣٦، والترمذي ٣/ ٤٠٧، وأبو داود ٢/ ٢٣٦. فهذا مطلق قيده قوله: (إلا بولي مرشد). البحر المحيط ٣/ ٤١٨، وفتح الباري ٩/ ١٩١، وتلخيص الحبير ٣/ ١٦٢.

(٥) أي الذي هو قطعي السند ظني الدلالة.

(٦) كقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴿٢٢٨﴾﴾ [البقرة]، فالآية عامة في كل مطلقة حاملاً كانت أو غير حامل، قبل الدخول بها أو بعده، وقد خصص هذا العموم بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴿٤﴾﴾ [الطلاق].

(٧) كقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴿٣٨﴾﴾ [المائدة] فأيديهما مطلقة قيدت بالسنة بالقطع من الرسغ.

(٨) التأويل هو حمل اللفظ على غير مدلوله الظاهر منه مع احتماله بدليل يعضده. الآمدي ٣/ ٧٣، وفواتح=

من الأمور التي تحط دلالتها عن درجة القطع، وكذلك ما كان بهذه المتانة من الأحاديث المتواترة.

والرابع: كأخبار الآحاد التي متونها نصوص لا تحتمل غير مدلولها ولم يقترن بسندها شيء مما قاله بعض العلماء إنه يجعل الخبر مفيداً للعلم.

فهذه الأضرب الأربعة قطعيها، وظنيها، متفق عليه، ووراءها ضربان آخران.

أحدهما: ما اختلف في متنه، هل هو قطعي أم ظني، كالعام الذي لم يدخله التخصيص، فإن مذهب الحنفية أن دلالته على أفراده بطريق النصوصية فتكون يقينية، ومذهب الشافعي وأصحابه أنه بطريق الظهور، لاحتمال التخصيص فتكون ظنية[1].

وثانيهما: ما اختلف العلماء في سنده، هل هو مفيد للعلم، فيكون قطعياً أو ليس كذلك؟ كاختلافهم في الخبر المحتف بالقرائن، والذي تلقته الأمة بالقبول والتصديق، كأحاديث الصحيحين، أو اتفقت على العمل به، والخبر المشهور وهو الذي صحت له أسانيد متعددة سالمة عن الضعف والتعليل[2] فإنه يفيد العلم النظري عند جماعة من المحققين، لكن لا بالنسبة إلى كل أحد، بل بالنسبة إلى الحافظ المتبحر في فن الحديث ومعرفة أسانيده، وعلى هذا ينبغي أن تحمل الرواية عن أحمد بن حنبل أن خبر الواحد يفيد العلم لا على مطلق الخبر.

ويترتب على هذه الأنواع أن الدليل يكون ظنياً عند قوم، قطعياً عند آخرين، فرب حديث أفاد العلم جماعة من الأئمة العارفين بطرق الحديث وعلله، ولم يطرق سمع جماعة آخرين، أو اطلعوا عليه، ولم يتصل لهم من وجه صحيح مفيد للظن.

ويلحق بهذين الضربين المواضع المختلف في حجيتها من صور الإجماع، كالإجماع السكوتي والإجماع قبل انقضاء العصر واتفاق العصر الثاني على أحد قولي العصر الأول بعد استقرار خلافهم وإحداث قول ثالث في مسألة اتفق العصر الأول فيها على قولين، وكإجماع أهل المدينة وغير ذلك، فإن عرفت هذه الأنواع فما كان منها متفقاً على أنه قطعي فمخالفه إذا قصر في اجتهاده مع التمكن منه آثم بالاتفاق، وما كان منها ظني الدلالة أو ظني السند بالاتفاق، فمخالفه إذا اجتهد فأخطأ غير آثم عند

= الرحموت ٢/ ٢٢، والتلويح على التوضيح ١/ ١٢٥.

(١) أصول السرخسي ١/ ١٣٢- ١٣٤، ومسلم الثبوت ١/ ٢٦٥، وإرشاد الفحول ص١١٧.

(٢) تدريب الراوي ٢/ ١٨١.

الجمهور، لأن النبي ﷺ جعل للمجتهد إذا أخطأ أجراً واحداً[(١)]، ولا يناسب ذلك إلحاقه الإثم به.

وقال جماعة قليلون[(٢)] بالتأثيم إذا قصر في الاجتهاد وهو وجه في المذهب قاله ابن أبي هريرة[(٣)].

وأما ما كان مختلفاً فيه هل هو ظني أو قطعي[(٤)] ففيه احتمال عند من يقول بأنه قطعي هل هو آثم أم لا؟ والله أعلم.

قاعدة

الأصل في الألفاظ الحقيقة عند الإطلاق، فلا تحمل على المجاز إلا بدليل، وكذلك أيضاً تَوَحُّدُ المعنى الحقيقي هو الأصل، فلا يصار إلى الاشتراك إلا بدليل.

ثم الحقائق ثلاثة أنواع: لغوية[(٥)]، وعرفية[(٦)]، وشرعية وهي التي نقلت في عرف الشرع عن موضوعها اللغوي إلى معنى خاص لا يستعمل عند الإطلاق إلا فيه.

وأنواع الكلام ثلاثة مشهورة[(٧)].

---

(١) الحديث عن عمرو بن العاص أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر). صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١٣/ ٣٢٨، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٢/ ١٣.

(٢) كبشر المريسي من المعتزلة. المحصول ٢/ ق٣/ ٥٠.

(٣) هو القاضي أبو علي الحسن بن الحسين البغدادي المعروف بابن أبي هريرة، لأن أباه كان يحب السنانير فيجمعها ويطعمها، كان أبو علي إماماً من أئمة الشافعية وأحد أكابر فقهائها، من مصنفاته كتاب «الرسائل» في الفقه و«شرح مختصر المزني» مات ببغداد سنة ٣٤٥هـ. طبقات السبكي ٢/ ٢٠٦، وطبقات الأسنوي ٢/ ٥١٨.

(٤) كالإجماع السكوتي وإجماع أهل المدينة.

(٥) أي صاحب وضعها واضع اللغة، مثل الإنسان المستعمل في الحيوان الناطق. كشف الأسرار ١/ ٦١، ومعجم المصطلحات البلاغية ٢/ ٤٥٦.

(٦) وهي إذا لم يتعين الواضع سواء كانت حقيقة عرفية عامة أم خاصة، فالعامة هي التي انتقلت من مسماها اللغوي إلى غيره للاستعمال العام بحيث هجر الأول، كالدابة فإنها وضعت لكل ما يدب فخصصها العرف العام بما له حافر أو بذوات الأربع، والخاصة وهي ما لكل طائفة من أصحاب العلوم والفنون من الاصطلاحات التي تخصهم. كشف الأسرار ١/ ٦١، ومعجم المصطلحات البلاغية ٢/ ٤٥٥.

(٧) اسم وفعل وحرف.

أما الحروف، فلم ينقل منها شيء عن مدلوله في الشرع، وإنما يترتب الخلاف فيما اتصلت به بحسب المدلول اللغوي.

وأما الأسماء، فمنها الماهيات الجعلية، مثل الصلاة، والزكاة، والحج، والعقود، وهي مشهورة أنها حقائق شرعية، وستأتي تتمة الكلام فيها[١].

ومنها: الأسماء المشتقة المتصلة بالأفعال، كالمصدر، واسم الفاعل، واسم المفعول.

أما اسم الفاعل: ففي الطلاق اتفاقاً في قوله: أنت طالق، وفي الضمان في قوله: أنا ضامن، وكفيل، وحميل، وقبيل[٢] وزعيم، وفي قبيل وجه. قال الرافعي: ويطرد في الحميل وكل لفظ ليس بمشهور.

وأما اسم المفعول: ففي قوله: أنت مطلقة، ومفارقة، ومسرحة. وأنت عتيق، وموكل ونحو ذلك. ويقرب منه: أنت حرام، وأنت حر، وأنت علي كظهر أمي.

وأما المصدر: ففي قوله: أنت الطلاق على القول بأنه صريح.

وأما الأفعال: فقد نقلت منها الأفعال الماضية في صيغ العقود، والحل، إلى الإنشاء، وكذلك سائر الإيقاعات، والأيمان أيضاً، ما خلا الشهادات واللعان، فإنها تعينت فيها صيغ الأفعال المضارعة، وهي إنشاءات أيضاً.

وذكر أصحابنا خلافاً في قوله في اللعان: أشهد بالله، هل هو يمين أو شهادة؟ أو فيه من كل منهما شائبة[٣]؟ ويجوز في الأيمان أيضاً صيغة المضارعة، نحو أقسم بالله.

وأما فعل الأمر: فقد استعمل في الاستحباب مع الإيجاب في العقود والخلع.

فكل هذه الألفاظ المنقولة صريحة في أبوابها، والمأخذ عندهم في الصراحة مجيئها في خطاب الشارع بذلك المعنى، وشيوعها بين حملة الشرع فيه.

ثم قال الأصحاب: إذا كان اللفظ صريحاً في بابه، ووجد نفاذاً في موضوعه، لم يكن كناية في غيره وما كان صريحاً في بابه، ولم يجد نفاذاً في موضوعه، كان كناية في غيره.

---

(١) ص(٣١٠).

(٢) يقال رأيته قبيلاً أي مقابلة ولها معان عدة. راجع لسان العرب ٣/ ١١.

(٣) يقول النووي: المعروف عند أصحابنا أن اللعان يمين مؤكدة بلفظ الشهادة وقيل: هو يمين فيها شوب الشهادة. الروضة ٨/ ٣٣٤.

فأما الطرف الأول: فهو جار على القاعدة المستقرة، أن الأصل في الإطلاق الحقيقة، وأنه إذا تعارض الحمل على الحقيقة الشرعية أو العرفية أو اللغوية، قدمت الشرعية، ثم العرفية، ثم اللغوية، كما سيأتي بيانه، لكن شذ عن هذا الطرف مسألتان:

إحداهما: إذا أحاله بلفظ الحوالة، ثم قال: أردت بذلك التوكيل، قال ابن سريج: لا يقبل، ولفظ الحوالة صريح في معناها، وقد وجد نفاذاً في موضوعها، لأن الدين على المحيل، وله على المحال عليه نظيره[1].

وقال المزني وساعده أكثر الأصحاب: يقبل[2] لأنه أعرف بنيته.

وهذا مشكل لأن مثله يرد في كل صريح ادعى مطلقه خلاف ظاهره.

الثانية: إذا باع المشتري المبيع من البائع بعد قبضه، ولزومه العقد، ونويا به جميعاً الإقالة[3]، فلا كلام إن قلنا الإقالة بيع[4]، وإن قلنا هي فسخ ففيه قولان:

أحدهما: أنه إقالة.

والثاني: أنه بيع.

وعلى القول بأنه إقالة الإشكال المتقدم.

ويتفرع على القولين تجدد الشفعة فيه ثانياً إذا قيل بأنه بيع دون الإقالة، وكذلك ما يترتب على البيع من خيار المجلس ونحوه.

وأما الطرف الثاني: فهو مجاز في غالب مواضع الكنايات، كقوله لزوجته: أنت حرة، أو أعتقتك، إذا نوى به الطلاق، ولأمته: أنت طالق، أو طلقتك، ونوى العتق، فإنه ينفذ جميع ذلك.

وقالوا فيما إذا قال لأمته: أنت علي كظهر أمي، ونوى العتق، وجه أنها لا تعتق بذلك، لأن هذا اللفظ لما لم يزل الملك، لم يصلح كناية في العتق، لكن الصحيح

---

(١) الروضة ٤/ ٢٣٧- ٢٣٨.

(٢) مختصر المزني مطبوع مع الأم ٨/ ٢٠٦.

(٣) الإقالة في اصطلاح الفقهاء: رفع العقد وإلغاء حكمه وآثاره بتراضي الطرفين. الأم ٣/ ٧٧، والمغني ٤/ ٢٢٥. والموسوعة الفقهية الكويتية ٥/ ٣٢٤.

(٤) ذهب الإمام مالك إلى أن الإقالة بيع وذهب الإمام الشافعي ورواية عن أحمد أنها فسخ وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنها فسخ في حق المتعاقدين، بيع في حق غيرهما. المغني ٤/ ٢٢٥، والاختيار ٢/ ١١ الطبعة الثانية ١٣٧٠هـ- ١٩٥١م، والموسوعة الفقهية ٥/ ٣٢٦.

نفوذه به[1]، لأن الظهار لا ينفذ في الأمة فيصح جعله كناية في العتق، بخلاف لفظ الطلاق والظهار في الزوجة إذا نوى بكل منهما الآخر، فإنه لا يصح جعله فيه كناية، لأنه صريح في بابه، ويجد نفاذاً في موضوعه، فلا يستعمل في الآخر.

ويتصل بهذا الكلام قاعدة أخرى وهي: أنها إذا استعمل لفظ موضوع لعقد في عقد آخر، هل العبرة باللفظ، أم بالمعنى[2]؟

---

(١) وهذا ما رجحه النووي كذلك، الروضة: ١٢/١٠٨.

(٢) ويعبر عن هذه القاعدة بقولهم: هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟
والعقد هو: التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول والانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثر متعلقهما. وإذا كان الإيجاب والقبول أمرين باطنيين فقد علق العقد على صيغة دالة عليهما. والأصل في هذه الصيغة اللفظ، فهو الذي يعبر عن المقصود أو الرضا من الطرفين، وهذه المعاني النفسية قد يعبر عنها بغير اللفظ أيضاً، كالكتابة والإشارة والسكوت، ولكن هل لغير الألفاظ تأثير في إنشاء العقود؟ ثم هل من اعتبار للمقاصد والنوايا في تفسير العقد؟
يقول الشيخ أبو زهرة: إن الأقوال في ذلك ثلاثة:
١- العقود لا تنعقد إلا بالأقوال، ولا تنعقد بالأفعال إلا عند العجز عنها، وهو ظاهر مذهب الشافعي والظاهرية.
٢- الأصل في العقود أن تكون بالألفاظ بلا ريب، ولكن قد تقوم الأفعال مقام الألفاظ إذا وجدت قرائن تدل على الرضا وتعلن الإرادة، وهذا القول يسير على أصول أبي حنيفة، وقول في مذهب أحمد.
٣- إنَّ العقود تنعقد بكل ما يدل على مقصودها من قول أو فعل، وهذا القول هو الغالب على أصول مالك، وظاهر مذهب أحمد.
وقد بين الشيخ أبو زهرة أن الاختلاف واضح في العقود المالية، لكن في النكاح نلمس الاتفاق على اعتبار الألفاظ.
وقد خلص إلى القول إلى أن مذهب الحنفية يميل في جملته إلى طريقة الشافعية وهي الأخذ بظواهر عبارات العقود من غير تحر وتتبع للنيات الخفية، سواء دلت عليها قرائن أم لا.
ويؤيد هذا بنقل عبارة مشهورة عند الحنفية وهي أن المعتبر في أوامر الله المعنى، والمعتبر في أمور العباد الاسم واللفظ، ولكن الدكتور صبحي المحمصاني يخالفه ويقول: إن الرأي السائد عند الحنفية هو اعتبار المعنى ونقل عن المجلة مادة (٦٨) الحكم في الظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته. مادة (٣) العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.
المجموع ٩/ ١٧٢، وأعلام الموقعين ٣/١١٩-١٢٦، والملكية ونظرية العقد لمحمد أبي زهرة ص٢٣٤- ٢٥٠، والنظريات العامة للموجبات والعقود لصبحي محمصاني ٢/ ٢٦٤ و٢٨٢- ٢٨٥.

وفيها صور كثيرة:

منها: إذا قال: بعتك بلا ثمن، لم ينعقد[1]، بيعاً نظراً إلى اللفظ، وهل ينعقد إباحة أو هبة نظراً إلى المعنى؟ فيه وجهان:

اختلف في الراجح منهما[2]، ومنهم من نقل وجهاً في انعقاده بيعاً[3]، نظراً إلى اللفظ، وعلى الأول، إذا أقبضه فتلف في يده، هل يضمنه؟ فيه وجهان[4]:

والقول بأنه ينعقد هبة أو إباحة، يلتفت إلى قاعدة أخرى ستأتي[5] إن شاء الله تعالى وهي: أن الوجوب إذا نسخ هل يبقى الجواز؟

وكذلك إذا قال: وهبتك هذا بألف، فقبله. هل ينعقد بيعاً نظراً إلى المعنى، أو يبطل لتناقض اللفظ؟ فيه وجهان[6].

ومنها: إذا عقد على معين بلفظ السلم، مثل أسلمت إليك هذه الدراهم في هذا العبد. لم ينعقد سلماً قطعاً، وهل ينعقد بيعاً نظراً إلى المعنى، أو لا يصح لاختلاف اللفظ؟ فيه وجهان: وأصحهما البطلان[7].

وإذا عقد السلم بلفظ البيع، كقوله اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم، اتفقوا فيه على صحة العقد، واختلفوا هل ينعقد بيعاً نظراً إلى اللفظ، أو سلماً نظرا إلى المعنى؟ على الوجهين.

الأصح عند العراقيين، والروياني، والجرجاني[8]، أنه ينعقد سلماً، حكاه أبو حامد وغيره عن نصه في الإملاء[9]، والأصح عند البغوي وغيره، أنه يكون بيعاً، وصححه

---

(١) لاختلال الصيغة حيث يرفع آخرها أولها، فقوله بلا ثمن يرفع قوله بعتك.

(٢) الراجح انعقاده هبة، لأن إعمال الكلام أولى من إهماله، والله أعلم.

(٣) لكنه بيع فاسد. المجموع ٩/ ١٧٢.

(٤) الروضة ٤/ ٦.

(٥) ص(٢٩٣).

(٦) المجموع ٩/ ١٧٢.

(٧) يقول النووي: إن اعتبرنا المعنى انعقد بيع عين. المجموع ٩/ ١٧٢.

(٨) هو القاضي أبو العباس أحمد بن محمد بن أحمد الجرجاني، كان إماماً في الفقه والأدب، قاضياً بالبصرة ومدرساً بها. من تصانيفه: (المعاياة) و(الشافي) و(التحرير) في الفقه، وكتاب (الأدباء) توفي سنة ٤٨٢هـ. المنتظم لأبي الفرج الجوزي ٩/ ٥٠، وطبقات الأسنوي ١/ ٣٤٠.

(٩) هو للإمام الشافعي، وهو في نحو أماليه حجماً وقد يتوهم أن الإملاء هو الأمالي، وليس كذلك. كشف الظنون ٣/ ١٦٩.

الرافعي في المحرر[١]، والنووي في الروضة[٢]، وهو قول أبي إسحاق المروزي، وغيره من المتقدمين.

ووجه الفرق بين هذه وبين ما تقدم من المسائل، حيث قطع في هذه بالانعقاد، أن كل مسلم بيع، فإذا استعمل لفظ البيع فيه، فقد استعمله في موضوعه، بخلاف استعمال لفظ السلم في البيع، وبنوا على الوجهين في هذه المسألة، أنه إذا انعقد سلماً، وجب تسليم رأس المال في المجلس، ولم يثبت فيه خيار الشرط، ولم يجز الاعتياض عن المسلم فيه، إلى غير ذلك، وإذا قيل بأنه ينعقد بيعاً، يصح فيه خيار الشرط، ولا يجب تسليم رأس المال في المجلس[٣]. هكذا أطلقوا الكلام.

وليس كذلك إذا كان الثمن في الذمة ثم تفرقا من غير قبض، لأنه لا يكون حينئذ بيع دين بدين، والإجماع منعقد على بطلانه[٤]، ونص عليه الشافعي[٥] واتفق عليه الأصحاب، بل صورته ما إذا كان الثمن معيناً في العقد أو كان في الذمة، ثم عين في المجلس، فإنا في هاتين الصورتين إذا قلنا: ينعقد بيعاً، لم نشترط قبضه في المجلس. ويخرج عن كونه بيع دين بدين بتعينه حالة العقد أو في المجلس إذا عقد في الذمة، وممن نبه على هذه النكتة الحسنة المحاملي في التجريد[٦] وأبو علي الفارقي[٧] في كلامه على المهذب، وإسماعيل الحضرمي[٨] في كلامه عليه أيضاً، وهي فائدة بديعة، وإن في كلام الرافعي والنووي الإطلاق، فلا بد من الاحتراز عن هذا.

---

(١) المحرر: كتاب في فروع الشافعية للرافعي وهو كتاب معتبر مشهور، وله عدة شروح واختصره النووي وسماه المنهاج. كشف الظنون ٢/ ١٦١٢.

(٢) الروضة ٤/ ٦.

(٣) المصدر السابق ٤/ ٦.

(٤) للاطلاع على آراء العلماء في بيع الدين بالدين. انظر الموسوعة الفقهية الكويتية ٩/ ١٧٥- ١٧٩، والمراجع التي اعتمدتها.

(٥) الأم ٣/ ٩.

(٦) وهو كتاب في الفروع أغلبها عارية عن الاستدلال. كشف الظنون ١/ ٣٥١.

(٧) وهو أبو علي الحسن بن إبراهيم بن علي الفارقي، رحل إلى بغداد ولازم الشيخ أبا إسحاق الشيرازي وابن الصباغ، تولى قضاء واسط ولم يزل قاضياً إلى أن مات سنة ٥٢٨هـ، ومن مؤلفاته: الفوائد على المهذب، والفتاوي. طبقات الأسنوي ٢/ ٢٥٦، وشذرات الذهب ٤/ ٨٥.

(٨) إسماعيل بن محمد بن إسماعيل بن علي بن عبد الله الحضرمي، صاحب شرح المهذب وغيره من المصنفات وله كرامات مشهورة، وتخرج به جماعة، سمع وحدث، توفي سنة ٦٧٨هـ. طبقات الأسنوي ١/ ٤٥٣، وشذرات الذهب ٥/ ٣٦١.

ومنها: إذا عقد بلفظ الإجارة على عمل في الذمة، فمن نظر إلى اللفظ أجرى فيه حكم الإجارة، فلم يعتبر قبض الأجرة في المجلس، وهو اختيار جماعة من الخراسانيين، ومن نظر إلى معناه معنى السلم، اعتبر فيه قبض الأجرة في المجلس، وهو الصحيح عند العراقيين، والشيخ أبي علي والبغوي والمتأخرين[١]، وهو يناقض تصحيحهم باعتبار اللفظ في المسألة التي قبلها.

ومنها: لو عقد الإجارة بلفظ البيع. فقال: بعتك منفعة هذه الدار شهراً، فوجهان: أصحهما لا ينعقد[٢].

ومنها: إذا قال: قارضتك على أن يكون جميع الربح لك، ففيه وجهان: أصحهما: أنه قِراض فاسد رعاية للفظ، والثاني: أنه قرض صحيح رعاية للمعنى.

وكذلك إذا قال: قارضتك على أن الربح كله (لي)، فهل هو قراض فاسد أو إبضاع؟ فيه الوجهان: والصحيح الأول.

وكذلك إذا قال: أبضعتك على أن نصف الربح لك، فهل هو إبضاع أو قراض، فيه وجهان[٣].

ومنها: هبة الدين ممن هو عليه، فإنه إبراء، فإن قلنا لا يشترط القبول في الإبراء، فهل يعتبر هاهنا؟ فيه وجهان: إن نظرنا إلى اللفظ اعتبرناه، لأنه بلفظ الهبة، وإن نظرنا إلى المعنى فلا[٤].

ومنها: إذا وكله في أن يطلق زوجته طلاقاً منجزاً، أو كانت قد دخلت الدار، فقال لها: إن كنت دخلت الدار فأنت طالق، فهل يقع الطلاق، فيه وجهان، لأنه منجز من حيث المعنى، معلق من حيث اللفظ.

ومنها: لو قال: وَكَّلتك في تزويج ابنتي إنْ رضيَ خالي، فهل يعتبر في صحة النكاح رضاه؟ قال القاضي حسين في فتاويه: يحتمل وجهين:

---

(١) الروضة ٥/١٧٦.

(٢) علله في الروضة فقال: لأن البيع موضوع لملك الأعيان، فلا يستعمل في المنافع كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة.
والوجه الثاني: يجوز، قاله ابن سريج، لأن الإجارة صنف من البيع.
وقيل: المنع مطلقاً. انظر الروضة ٥/١٧٣.

(٣) الروضة ٥/١٢٣.

(٤) الروضة ٥/٣٧٤.

أحدهما: لا، لأنه لا حق له فيه.

والثاني: نعم.

فإن قلنا يشترط. فلو رضي ثم رجع، قال يحتمل وجهين:

أحدهما: يجوز، ويصح اعتباراً باللفظ.

والثاني: لا، اعتباراً بالمعنى.

ومنها: إذا خلع ولم يذكر عوضاً، فقولان:

أحدهما: ليس بشيء.

والثاني: أنه خلع فاسد، ويجب مهر المثل، وفيه وجه أنه رجعي.

ومنها: إذا وكله بشراء جارية بثمن في الذمة، فاشترى بعشرين مثلاً، فقال الموكل: لم آذَنْ إلا بعشرة، وحلف، بقيت الجارية في يد الوكيل، قالوا: فيتطلف الحاكم بالموكل حتى يبيعها من الوكيل[1].

فلو قال: إن كنت أذنت لك فقد بعتك، فوجهان:

أصحهما: الصحة، نظراً إلى المعنى، لأنه مقتضى الشرع.

والثاني: المنع، نظراً إلى صيغة التعليق.

وقد نص الشافعي على أنه إذا ادعى عليه أنه اشترى منه هذه الجارية بألف فأنكر المدعى عليه، وحلف، فيتطلف القاضي به ليقول: إن اشتريتها فقد بعتكها، ويصح ذلك إذا قاله[2] ولا يبعد جريان الخلاف فيه، فقد قالوا: لو قال بعتك إن شئت، فقال: اشتريت فوجهان:

أحدهما: لا ينعقد لما فيه من التعليق، كما لو قال: إن دخلت الدار، وأصحهما: الانعقاد، لأن هذه الصيغة يقتضيها الإطلاق، فإنه لو لم يشأ لم يشتر[3].

وقطع في الحاوي بأنه لو قال: بعتك بألف إن قبلت الشراء مني، فقال: نعم، صح البيع[4].

---

(١) للاطلاع على تفاصيل المسألة. انظر الروضة ٤/٣٣٨- ٣٤٠.

(٢) مختصر المزني مطبوع مع الأم ٨/ ٢١٠، والروضة ٤/ ٣٣٩.

(٣) الروضة ٣/ ٣٤١، والمجموع ٩/ ١٧٠.

(٤) الحاوي ٦/٤٩.

وفي نظير المسألة من النكاح خلاف[١]، والأصح عند الأئمة الانعقاد وفي كلام الرافعي ما يقتضي أن النكاح يتقاعد عن البيع في هذا المعنى، فتكون الصحة في البيع أولى من النكاح[٢].

ومنها: إذا قال لعبده: بعتك نفسك بكذا، فقبل، نقل المزني أنه يصح، ويعتق في الحال ويلزمه المال في ذمته، وأطبق الأصحاب على القول به، ونقل الربيع[٣] قولاً أنه لا يصح[٤]، وهو نظر إلى صيغة اللفظ، كما أن الأول نظر إلى المعنى.

ومنها: إذا قال: إذا أديت إلي ألفاً فأنت حر، ففيه خلاف يرجع إلى ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه عتق بصفة.

والثاني: كتابة فاسدة.

والثالث: معاملة صحيحة، وفي الوسيط[٥] إذا قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت حر، فلا يمكنه أن يعطيه من ملكه إذ لا يملك، فهو كما لو قال لزوجته: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فأتت بألف مغصوبة، ففي وقوع الطلاق خلاف، وكذا في العتق، والأصح في الروضة أنه لا يقع[٦].

---

(١) يقول النووي: إذا قال زوجتكها فليقل قبلت نكاحها أو تزويجها أو قبلت هذا النكاح، فإن اقتصر على قبلت، لم ينعقد في الأظهر، وقيل قطعاً، وقيل: ينعقد قطعاً. الروضة ٧/ ٣٧.

(٢) يقول الماوردي في الحاوي ٦/ ٤٨: «الفرق بينهما أن البيع لا يصح إلا بثمن، فإذا حصل فيه القبول تضمن ما تناوله البذل من الثمن، والنكاح قد يصح مع خلوه من الصداق، فلذلك لم يلزم فيه الصداق إلا أن يصرح به في قبوله».

(٣) الربيع هو: أبو محمد الربيع بن سليمان بن عبد الجبار المرادي، نسبة إلى قبيلة كبيرة باليمن، خادم الشافعي وراوي الأم وغيرها من كتبه، قال الشافعي فيه: إنه من أحفظ أصحابي، رحل الناس إليه من أقطار الأرض ليأخذوا عنه علم الشافعي، توفي سنة ٢٧٠هـ. طبقات السبكي ١/ ٢٥٩، وطبقات الأسنوي ١/ ٣٩-٤٠.

(٤) انظر الروضة ١٢/ ٢٢١.

(٥) الوسيط: كتاب في الفروع لأبي حامد الغزالي وهو ملخص من كتاب البسيط للغزالي كذلك. وهو أحد الكتب الخمسة المتداولة بين الشافعية، وله عدة شروح منها: شرح المحيط لمحيي الدين محمد بن يحيى النيسابوري تلميذ الغزالي، المتوفى سنة ٥٤٨هـ، ومنها البحر المحيط لنجم الدين أبي العباس أحمد بن محمد القملي المتوفى سنة ٧٧٧هـ، وغيرها. كشف الظنون ٢/ ٢٠٠٨.

(٦) انظر الروضة ١٢/ ٢١٠.

ومنها: الإقالة فسخ على الظاهر، فإذا تقايلا وقصد بلفظ المقايلة البيع، فقيل: يكون بيعاً نظراً للمعنى، وقيل لا يصح نظراً إلى اختلال اللفظ.

ومنها: إذا قال ضمنت مالك على فلان بشرط أنه بريء، فقولان:

أحدهما: أنه حوالة بلفظ الضمان نظراً إلى المعنى.

والثاني: أنه ضمان فاسد.

ولو قال أحلتك بشرط أن لا أبرأ، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه فاسد، نظراً إلى اللفظ.

والثاني: أنه فسخ، اعتباراً للمعنى.

ومنها: البيع من البائع قبل القبض، فيه الخلاف.

ومنها: إذا قلنا الهبة المطلقة لا تقتضي ثواباً، وهو الأظهر، فشرطَ الواهب ثواباً معلوماً، فقولان:

أصحهما: أنه بيع صحيح اعتباراً للمعنى.

والثاني: أنه عقد فاسد لاختلال اللفظ، وهو مبيع مقبوض قبضاً فاسداً أو هبة كذلك فيه وجهان:

ومنها: إذا وقف على قبيلة كبيرة غير منحصرين كبني تميم[1] مثلاً أو أوصى لهم، فقيل: هو تمليك لمجهول، فيبطل اعتباراً باللفظ، والأصح الصحة، اعتباراً بالمعنى، ويكون المقصود الجهة لا الاستيعاب، كالفقراء والمساكين.

ومنها: إذا قال لجماعة محصورين: تصدقت عليكم بهذه الدار مثلاً، ونوى بها الوقف عليهم، قال الإمام: الصحيح أنه لا يكون وقفاً، بل ينعقد فيما هو صريح فيه، وهو التمليك، وتبعه الرافعي والنووي[2] على ذلك، وهو جارٍ على القاعدة المعروفة: (إن ما كان صريحاً في بابه، ووجد نفاذاً في موضوعه، لا يكون كناية في غيره) وفيه وجه أنه يصح وقفاً.

---

(١) تميم قبيلة عظيمة من العدنانيين، منازلهم بأرض نجد ولهم بطون كثيرة، قدم وفدهم على رسول الله ﷺ سنة ٩هـ، وهم سبعون أو ثمانون رجلاً، وفيهم الأقرع بن حابس. معجم قبائل العرب ١/ ١٢٦- ١٣٢.

(٢) الروضة ٥/ ٣٢٣.

أما إذا كان ذلك على جهة عامة، فإنه يصح وقفاً بالنية، وكذلك إذا قرن به ما يدل عليه، كقوله صدقة مؤبدة، أو لا تباع.

ومنها: إذا وقف على دابة فلان، فقيل: يصح، ويكون ذلك على علفها فهو على المالك في الحقيقة، والأصح البطلان، لأنها ليست أهلاً للملك بحال، وبهذا جزموا في الوصية لها[١].

وقال الرافعي: يشبه أن يجري فيه الخلاف الذي في الوقف.

وقد يفرق بأن الوصية تمليك محض فينبغي أن يضاف إلى من يملك.

وقال النووي: هذا الفرق أصح[٢].

فلو كانت البهيمة مُسْبَلَةً ليس لها مالك، ففيه وجهان[٣]، نقلهما الشيخ صدر الدين[٤]:

أحدهما: البطلان، إذ البهيمة لا تملك اعتباراً للفظ.

والثاني: الصحة، اعتباراً للمعنى، وهو للإنفاق عليها إذ هو من جملة القرب.

ومنها: إذا راجع بلفظ النكاح أو التزويج، فأوجه[٥]:

أحدها: أنه لغو اعتباراً للفظ، وهو مناف لمقصود الرجعة.

والثاني: أنه يصح، ولا يحتاج إلى نية معه، لأنه أقوى من قوله راجعتك.

والثالث: وهو الأصح، أنه كناية ينفذ بالنية لإشعاره بالمعنى، وتقاعده عن إفادته إياه من كل وجه.

قال الرافعي: يجري الخلاف فيما لو جرى العقد بينهما بالإيجاب والقبول[٦].

ومنها: إذا قال: خذ هذا البعير ببعيرين، فهل يكون قرضاً فاسداً، نظراً إلى اللفظ، أو بيعاً نظراً إلى المعنى؟ وجهان.

---

(١) الروضة ٥/ ٣١٨، والمنهاج بشرح مغني المحتاج ٢/ ٣٧٩.

(٢) نقل قول الرافعي أعلاه النووي في الروضة ٦/ ١٠٥ وعلق عليه في زوائده بأن هذا الفرق أصح.

(٣) بينما قال في الروضة ٥/ ٣١٨ لا يصح بلا خلاف.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٠٩.

(٥) انظر هذه الأوجه في الروضة ٨/ ٢١٥-٢١٦.

(٦) الروضة ٨/ ٢١٦.

ومنها: إذا ادعى الإبراء وشهد له شاهدان أنه وهبه ذلك أو تصدق عليه، فقد قيل: يقبل، لأن هبة الدين لمن هو عليه نوع إبراء، وقيل: لا يقبل.

قال أبو سعد الهروي وهذا القائل لا يصحح التوكيل بلفظ الوصاية المقيدة بحال الحياة قال: وأصل هذا الاختلاف أن العقود بألفاظها، أو بمعانيها؟

ومنها: هبة منافع الدار، هل هو إعارة لها؟ فيه وجهان حكاهما الرافعي في الهبة[1] عن الجرجانيات[2].

ومنها: أنَّ معنى الحلف حث أو منع أو تصديق، ومن لفظه (إنْ)، وليست (إذا) من ألفاظه، لكونها للتأقيت، فلو علق الطلاق على الحلف بها فقال: إذا دخلت الدار فأنت طالق، فهل هو حلف؟

فيه وجهان:

أحدهما: نعم، نظراً إلى المعنى، وهو المنع.

والثاني: لا، نظراً إلى اللفظ، وهو التأقيت.

ومنها: لو أتى بلفظ (إن) في التأقيت، مثل إن طلعت الشمس فأنت طالق، فمنهم من أجرى الوجهين[3]، ومنعه الإمام، لأن ما لا بد منه لا يتصور الحلف عليه.

فهذه قطعة صالحة من الفروع التي ترجع مادة الحلف الخلاف فيها إلى ما تقدم.

قال المتولي في التتمة وقد ذكر الخلاف في قوله: وهبتك هذا بألف، هل ينعقد أم لا؟

هذا الخلاف ينبني على قاعدة وهي: أنَّ الاعتبار في العقود بظواهرها أم بمعانيها؟

وفيه وجهان:

أحدهما: الاعتبار بظواهرها، لأن هذه الصيغ موضوعة لإفادة المعاني وتفهيم المراد منها عند إطلاقها، فلا يترك ظواهرها. ولهذا لو استعمل لفظ الطلاق في الظهار أو

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٠٩.

(٢) وكذلك حكاها النووي عنها في الروضة ٥/ ٣٨٨، والجرجانيات مصنف للإمام الكبير أبي العباس أحمد بن محمد بن أحمد الروياني جد صاحب البحر المتوفى سنة ٤٥٠هـ. انظر طبقات الشافعية للسبكي ٣/ ٢٣ ط دار المعرفة وطبقات الحسيني ١٥٨.

(٣) الروضة ٨/ ١٦٧-١٦٨.

عكسه، تعلق الحكم باللفظ دون المعنى، ولأن اعتبار المعنى يؤدي إلى ترك اللفظ، لأنا أجمعنا على أن ألفاظ اللغة لا يعدل بها عما وضعت له، وهكذا ألفاظ العقود، ولأن العقود تفسد باقتران شرط مفسد، ففسادها بتغير مقتضاها أولى.

والوجه الثاني: أنَّ الاعتبار بمعانيها، لأن الأصل في الأمر للوجوب، وإذا تعذر حمله عليه، حملناه على الاستحباب، وأصل النهي التحريم، وإذا تعذر حمله عليه، حملناه على كراهة التنزيه، فكذا هنا إذا تعذر حمل اللفظ على مقتضاه، حمل على معناه، لأن لفظ العقد إذا أمكن حمله على وجه صحيح، لا يجوز تعطيله.

قلت: فيرجع حاصل هذا الخلاف إلى أن اللفظ هل يحمل على حقيقته الأصلية، أو يخرج به عنها للقرينة؟ لكن الترجيح اختلف في المسائل كما تقدم، فتارة يرجحون اعتبار اللفظ، وتارة يرجحون اعتبار المعنى.

وقال الرافعي في باب الإجارة بعد ذكر مسائل مما تقدم: المسائل التي بنوها على هذا الأصل كثيرة لكنها متنوعة.

فمنها: أن يستعمل اللفظ فيما لا يوجد فيه تمام معناه وإن كان بينهما بعض التشابه، كالشراء بلفظ السَّلَمِ، فإن تمام معنى السلم لا يوجد في البيع، لأنه أخص منه.

ومنها: أن يكون آخر اللفظ رافعاً لأوله، كقوله: بعت بلا ثمن.

ومنها: أن يكون المعنى لفظاً مشتركاً بين خاصين، اشتهر اللفظ في أحدهما ثم استعمل في الثاني، كالسلم بلفظ الشراء، فإن المعنى الأصلي في الشراء موجود بتمامه في السلم، إلا أنه اشتهر في شراء الأعيان، كذلك السلم في المنافع بلفظ الاستئجار المشهور في إجارة العين، ويشبه أن تكون الصيغة مختلفة في النوع الأول والثاني، ومنتظمة صحيحة الدلالة على المقصود في النوع الثالث. فيعتبر المعنى. انتهى كلامه[١].

فائدة

إذا وقف على أولاده، أو أوصى لأولاد فلان، هل يدخل في ذلك ولد الولد؟ فيه وجهان[٢]:

قال الرافعي: أصحهما: لا يدخلون، لأن اسم الولد يقع حقيقة على أولاد الصلب، ألا ترى أنه ينتظم أن يقال: ليس هذا ولده، وإنما هو ولد ولده.

---

(١) فتح العزيز ١٢/ ٢٠٧-٢٠٩، والفرع الأخير فيه اختلاف ببعض الكلمات.

(٢) أضاف النووي وجهاً ثالثاً، وهو دخول أولاد البنين دون البنات. الروضة ٥/ ٣٣٥-٣٣٦.

قلت: ويشكل على هذا الوجه الآخر[(١)]، فإنه أدخل المجاز في اللفظ من غير تحقق إرادة دخوله؛ والقول الآتي: إِنَّهُ يصح استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه معاً، شرطه إرادة المتكلم ذلك، لا عند الإطلاق، بخلاف اللفظ المشترك، كما سيأتي قريباً[(٢)].

وقد نص الواحدي[(٣)] على أن اسم الولد يقع على ولد الصلب وولد الولد، وإن سَفَل، وكذلك قال غيره واحتج بقوله تعالى: ﴿ يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الأعراف: ٢٦، ٢٧، ٣١، ٣٥ ويس: ٦٠]، وقوله: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فإن التحريم شامل الأعلى والأسفل.

ويمكن أن يقال: إن اسم الولد موضوع للقدر المشترك بين ولد الصلب والبطن. وبين ولد الولد ومن أسفل منه، فمن نظر إلى ذلك أدخل الأحفاد في اللفظ، تعميماً للفظ، ومن قصر على أولاد الصلب، كان الاقتصار على القدر المتحقق دون المحتمل.

وقد قال الأصحاب: إن قلنا: إن الحفيد[(٤)] لا يطلق عليه اسم الولد، فأولاد البنات بطريق الأولى، وإن قلنا: إنه يطلق عليه الولد، ففي أولاد البنات وجهان. والأصح: أنه لا يقال لولد البنت ولد، وهذا يشكل عليه قوله ﷺ عن الحسن[(٥)] بن علي رضي الله عنهما: (إن ابني هذا سيد)[(٦)].

---

(١) أي الوجه الذي يدخلهم.

(٢) ص ٣٠٥.

(٣) هو أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد الواحدي، كان فقيهاً وإماماً في النحو واللغة، وأستاذ عصره في التفسير وله التصانيف البسيط والوسيط والوجيز في التفسير وقد أخذ الغزالي أسماء هذه الكتب وسمى بها كتبه، توفي سنة ٤٦٨هـ. طبقات الأسنوي ٢/ ٥٣٨، وطبقات القراء ١/ ٥٢٣.

(٤) في جميع النسخ (الحافد)، والأصح ما ثبتناه، لأن الحافد مفرد حفدة، وهم الأعوان والخدم، والحفيد هو ولد الولد، وجمعه حفداء. القاموس المحيط ١/ ٢٨٨ مادة (حفد)، ولسان العرب ١/ ٦٦٩ مادة (حفد).

(٥) الحسن بن علي: سبط رسول الله ﷺ وريحانته، ولد في نصف شهر رمضان سنة ثلاث من الهجرة، واختلف في سنة وفاته فقيل سنة ٤٩هـ، وقيل سنة ٥١هـ، وقيل ٥٨هـ، الإصابة في تمييز الصحابة ١/ ٣٢٨- ٣٣١.

(٦) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٥/ ٣٠٦، وتتمة الحديث: (... ولعل الله أن يصلح به بين فئتين عظيمتين من المسلمين)، وسنن أبي داود ٤/ ٢١٦، وسنن الترمذي ٥/ ٦١٦.

وقد نص الشافعي على أنه إذا حلف لا يبيع ولا يشتري ولا يضرب عبده، فوكل في ذلك لم يحنث[1].

ونقل الربيع عنه: أنه إن كان ممن لا يتولى ذلك بنفسه، كالسلطان أو كان المحلوف عليه لا يعتاد الحالف فعله بنفسه كالبناء والتطيين، حنث إذا أمر بفعله[2]، فمنهم من أثبت هذا قولاً آخر، ومنهم من امتنع منه، وكل ذلك حمل اللفظ على حقيقته التي هي المباشرة دون المجاز، قالوا إلا أن ينوي بذلك أن لا يفعل، ولا يفعل بإذنه، فيحنث إذا وكل فيه.

قال الرافعي: وفي هذا استعمال للحقيقة والمجاز جميعاً، والأولى أن يوجد معاً مشترك بين الحقيقة والمجاز، فيقال: إذا نوى أنه لا يسعى في تحقيق ذلك الفعل، حنث بمباشرته وبالأمر به، لشموله هذا المعنى، قال: وإرادة هذا المعنى إرادة للمجاز فقط[3].

وهذا إنما قاله الرافعي بناء على أن الجمع في لفظ واحد بين الحقيقة والمجاز مرجوح وليس كذلك، بل هو مذهب الشافعي، نص عليه في الكلام على قوله تعالى: ﴿أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ [النساء: ٤٣ والمائدة: ٦]، فقال: أحمله على اللمس باليد وعلى الجماع، وعلى هذا أيضاً يتخرج المذهب في قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [الإسراء: ٣٣]، حيث خير الولي بين القصاص والدية، لأن السلطان حقيقة في الاقتصاص، مجاز في الدية، فالتَّخْييرُ بينهما جمع بين الحقيقة والمجاز في اللفظ الواحد، أو يقال السلطان يراد به الأعم من ذلك، فيكون موضوعاً للقدر المشترك، لأن مطالبة الولي لكل واحد منهما نوع سلطنة على الجاني، فيكون كما أشار إليه الرافعي، أن لا يسعى في تحقيق ذلك، وقوله: إن إرادة هذا المعنى مجاز، فيه نظر لا يخفى.

وأما المشترك اللفظي، فمذهب الشافعي رحمه الله أنه يحمل على كلا معنييه عند إطلاق اللفظ أو تجريده عن القرائن، كالعام[4]، وهو اختيار القاضي أبي بكر

---

(١) الأم ٧/ ٨٢.

(٢) الأم ٧/ ٨٢، والروضة ١١/ ٤٧.

(٣) الروضة ١١/ ٤٨.

(٤) نقل مذهب الشافعي هذا البيضاوي في المنهاج وقال الأسنوي: وتبعه القاضيان أبو بكر الباقلاني وعبد الجبار المعتزلي. ثم قال: واختاره المصنف (يقصد البيضاوي) وابن الحاجب، ونقله القرافي عن مالك. انظر تخريج الفروع على الأصول للزنجاني تحقيق محمد أديب صالح ص٣١٣ مؤسسة الرسالة ـ الطبعة الخامسة، ونهاية السؤل ٢/ ١٤٤ طبعة عالم الكتب.

الباقلاني[1] وعليه تتخرج مسائل.

منها: إذا قال وقفت على مواليَّ، وله معتقون وعتقاء، فإنه يقسم بينهما على الراجح الذي رجحه في التنبيه[2] وصححه أيضاً الجرجاني في التحرير[3] وغيره، والنووي[4] وفيه وجوه أخر:

أحدها: أنه يختص به المعتق.

والثاني: يكون للموالي من أسفل.

والثالث: أنه يبطل لإبهام الصيغة[5].

وذكر محمد بن يحيى[6] في المحيط[7] في شرح الوسيط، أنه لو كان له واحد من جهة، واثنان من جهة، تعين الصرف إلى الكل عملاً بمقتضى صيغة الجمع.

ومنها: قالوا في التدبير إذا قال لعبده: إن رأيت عيناً فأنت حر، فرأى أحد أفراد العين. قال الإمام فيه تردد والوجه أنه يعتق، فهذا أيضاً حمل المشترك على جميع معانيه، وإنما لم يتوقف حصول العتق على رؤية الجميع، لأن الصفة في التعليق تتحقق

---

(١) هو أبو بكر محمد بن الطيب الباقلاني، انتهت إليه رئاسة مذهب الأشاعرة، فهو يعد الرجل الثاني بعد أبي الحسن الأشعري وكانت له بجامع المنصور حلقة عظيمة، له تصانيف في الرد على المخالفين من الرافضة والمعتزلة والجهمية والخوارج، منها كتاب الإبانة عن إبطال مذهب أهل الفكر والضلالة، وكيفية الاستشهاد في الرد على أهل الجحد والعناد، وشرح اللمع وغيرها، توفي سنة ٤٠٣هـ، وفيات الأعيان ٤/ ٢١٩، وشذرات الذهب ٣/ ١٦٨، ودائرة المعارف الإسلامية ٣/ ٢٩٤.

(٢) التنبيه ص١٣٨.

(٣) التحرير كتاب اشتمل على أحكام كثيرة مجردة عن الاستدلال، وهو مجلد كبير لأبي العباس أحمد بن محمد الجرجاني. كشف الظنون ١/ ٣٥٨.

(٤) الروضة ٥/ ٣٣٨.

(٥) وذكر النووي وجهاً آخر عن الدارمي أنه موقوف حتى يصطلحوا وقال عنه النووي وليس بشيء. الروضة ٥/ ٣٣٨٩.

(٦) هو محمد بن يحيى بن منصور النيسابوري رئيس الشافعية بنيسابور في عصره تفقه على الإمام الغزالي ودرس بنظامية نيسابور، ومن كتبه المحيط في شرح الوسيط، والانتصاف في مسائل الخلاف، توفي سنة ٥٤٨هـ.
وفيات الأعيان ١/ ٤٦٥، والأعلام ٨/ ٧.

(٧) شرح لكتاب الوسيط للغزالي ويقع في (١٦) مجلداً. كشف الظنون ٢/ ٢٠٠٨.

بأول أفرادها، فيقع العتق كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، فيعتق بأول الدخول في أولها وإن لم يدخل الجميع، فكذلك هنا.

قاعدة

تقدم[1] في مسألة الحلف على البيع والشراء ونحوهما أنه لا يحنث على الراجح إلا بمباشرة ذلك، دون التوكيل فيه، وأنه لا اعتبار فيه بعرف الحالف وعادته، وقد حكى القفال عن الشيخ أبي زيد المروزي[2] أنه سمعه يقول: لا أدري على ماذا بنى الشافعي رحمه الله مسائل الأيمان، إن كان يتبع اللغة فمن حلف لا يأكل الرؤوس ينبغي أن يحنث برؤوس الطير والحيتان.

وإن اتبع العرف فأصحاب القرى لا يعدون الخيام بيوتاً، وقد قال الشافعي رضي الله عنه لا فرق بين القروي والبدوي[3].

وذكر الرافعي الفرق بين المسألتين بأن اسم البيت يقع على المبني والمتخذ من الشعر وغيره في اللغة فحمل فيه اللفظ على الحقيقة[4].

وأما مسألة الرؤوس والبيض فإنهم لا يطلقون اسم البيض على بيض السمك وإن كثرت عندهم، ولا اسم الرؤوس المشوية على رؤوس السمك والطير مع كثرتها، فاطرد العرف فيه بخلاف اسم البيت، فإنهم لا يستعملونه في المتخذ من الجلد والشعر وغيرهما، إذ لا يفهمون ذلك عند الاستعمال، لفقدها أو قلتها عندهم، فلم يتحقق عرف على خلاف اللغة[5].

ثم قال: وفيهما ما يبين أنه - يعني الشافعي رحمه الله تعالى - يتبع قضية اللغة تارة وذلك عند ظهورها وشمولها وهو الأصل والعرف إذا اشتهر واطرد أخرى[6].

واعترض بعضهم على قول الرافعي عند ظهورها وشمولها بأنه إذا أراد به الظهور في

---

(١) ص(٣٠٤).

(٢) هو محمد بن أحمد بن عبد الله الفاشاني، المعروف بالمروزي، أخذ عن أبي إسحاق المروزي، كان من أحفظ الناس لمذهب الشافعي، حدث بالعراق ودمشق وجاور بمكة سبع سنين، توفي بمرو سنة ٣٧١هـ. طبقات الأسنوي ٢/ ٣٧٩، وشذرات الذهب ٣/ ٧٦.

(٣) الأم ٧/ ٦٦، والروضة ١١/ ٨١.

(٤) الروضة ١١/ ٣٠.

(٥) الروضة ١١/ ٣٠ و٣٧ و٣٨.

(٦) الروضة ١١/ ٨١.

العرف، فيكون التقدير أنه إذا اتفق الاصطلاح العرفي واللغوي، فيعمل به وما عدا هذا فهو موضع الإشكال الذي ذكره أبو زيد رحمه الله.

ويمكن الجواب عن هذا: بأن المراد بالظهور عدم الاضطراب، وكذا قال الشيخ عزالدين بن عبد السلام رحمه الله: قاعدة الأيمان البناء على العرف إذا لم يضطرب، فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة[١].

قال الرافعي في تعليقات الطلاق: لا بد من النظر في مثل هذه التعليقات إلى وضع اللسان، وإلى ما يتبادر إلى الفهم منه في العرف الغالب، فإن تطابق الوضع والعرف، فذاك، وإن اختلفا وكان المفهوم منه في العرف شيئاً، وحقيقة الوضع شيئاً آخر، فالاعتبار بالوضع أو العرف؟ فيه طريقان: كلام الأصحاب يميل إلى اعتبار الوضع، والإمام والغزالي: يريان اتباع العرف[٢]، وهذا ذكره الرافعي بعد ذكر مسألتين:

إحداهما: إذا أكل الزوجان تمراً أو نحو ذلك، ثم قال بعد خلطهما النوى، إن لم تميزي نوى ما أكلت عن نوى ما أكلت فأنت طالق.

قال الأصحاب: يحصل الخلاص عن الحنث بأن تبددها بحيث لا يلتقي منها اثنان، فإنها إذا فعلت ذلك فقد ميزت، نعم لو أراد التمييز الذي يحصل به التنصيص والتعيين لم يحصل الخلاص بذلك.

قال الإمام: هذا اللفظ عند الإطلاق يتبادر إلى الفهم منه التعريف والتعيين، فكان ينبغي أن يحمل اللفظ عليه، فإن أراد مقتضى الوضع في اللغة، فيبقى تردد في أنه هل يزال ظاهر الإطلاق؟ والأشبه أنه لا يزال.

والثانية: إذا قال: إن لم تخبريني بعدد ما في هذا البيت من الجوز فأنت طالق.

قالوا: يحصل الخلاص بأن تبتدئ من عدد تستيقن أن الجوز الذي في البيت لا ينقص عنه. وتذكر الاعداد بعد ذلك على الولاء، إلى أن تنتهي إلى عدد تتيقن أنه لا يزيد عليه، وتكون مخبرة بذلك، أو ذاكرة له[٣]، وهذا إذا لم يقصد التعيين والتعريف، وإلا فلا يحصل البِر كما في الأولى.

---

(١) لم أجد هذه القاعدة في قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، ولكن الذي ذكره هو: (اللفظ المحمول على ما يدل عليه ظاهره في اللغة أو عرف الشرع أو عرف الاستعمال ولا يحمل على الاحتمال الخفي ما لا يقصد أو يقترن به دليل). قواعد الأحكام ٢/ ١٠٢.

(٢) انظر مختصر كلام الرافعي أعلاه ورأي الأصحاب والغزالي والإمام في الروضة ٨/ ١٨٥.

(٣) ذكرت هاتين المسألتين في الروضة ٨/ ١٨١.

واستبعد الغزالي ما ذكره الصحاب[(١)]، واعترض الإمام كما في الصورة الأولى، ثم قال بعد كلام له: والتحقيق أن ذاك لا ينضبط، إذ لا يمكن ترجيح أحد الجانبين، يعني من اللغة والعرف، وإدارة الحكم عليه على الاطراد والإطلاق، ولكن يختلف الحال فيه باختلاف العرف اطراداً واضطراباً ويكفيه دلالة اللفظ على المعنى قوة وضعفاً، فقد يقوى العرف فيقتضي هجران الوضع، وقد يضطرب ويختلف فيوجد بمقتضى الوضع، وعلى الناظر التأمل، والاجتهاد، فيما يُسْتَفْتَىٰ، انتهى كلامه.

وهذا كله يرد على اتفاقهم على ترجيح القول بعدم الحنث فيمن حلف على فعل شيء لا يتعاطاه بنفسه إذا وكل فيه فإنه مشكل، لأن العرف غير مضطرب في ذلك فينبغي تقييد اللفظ به، وقد ذكروا في مثله، إذا حلف لا يتزوج فوكل في ذلك، وجهين، وقطع البغوي بالحنث، لأن الوكيل هنا سفير محض. وكذلك يجب ذكر الموكل في العقد[(٢)].

قاعدة

الحقائق الشرعية المتعلقة بالماهيات الجعلية كالصلاة، والصوم، والبيع، والنكاح، وسائر العقود، إنما ينطلق على الصحيح منها دون الفاسد، وهذا هو المستقر في المذهب، وفيه قول: إنها موضوعة للأعم من الصحيح والفاسد، وهو ضعيف[(٣)] يضاهي مذهب أبي حنيفة في صحة إطلاقها على الفاسد جرياً على قاعدته في أن النهي يقتضي تصور المنهي عنه فيصح عنده نذر صوم العيد، لأن نهي الشارع يقتضي تصوره ولا يمكن ذلك إلا بوجوده.

والجواب: أنّا نكتفي بالتصور الذهني ولا نحتاج إلى تصوره في الخارج، فعلى المذهب إذا حلف لا يبيع ولا يشتري، أو لا يستأجر ونحو ذلك لم يحنث إلا بالصحيح منه دون الفاسد، وكذلك لو حلف لا يبيع الخمر ولا المستولدة، وأطلق لم يحنث بإيراد العقد عليهما إلا أن يريد أن لا يتلفظ بلفظ العقد مضافاً إلى ما ذكره[(٤)]، وقد نص الشافعي[(٥)] رضي الله عنه على أنه إذا حلف لا يبيع بيعاً فاسداً، فباع بيعاً صحيحاً أو

---

(١) انظر رأي الغزالي في الروضة ٨/ ١٨٥.

(٢) والوجه الثاني: لا يحنث كالبيع، وبه قطع الصيدلاني والغزالي. الروضة ١١/ ٤٨.

(٣) ذكر الزركشي في البحر المحيط ١/ ٣١٧ أن هذا الخلاف إنما هو في العقود، أما في العبادات فلا خلاف في أنها تختص بالصحيح، ثم قال: ويحتمل في كل ما فرق فيه بين الفاسد والباطل.

(٤) الروضة ١١/ ٤٩.

(٥) لم أعثر عليه في الأم، ولعله في كتاب آخر.

فاسداً لم يحنث، أما الصحيح فلأنه غير محلوف عليه، وأما الفاسد فلأن الفساد لا يجامع البيع، لأن البيع الشرعي لا يكون غير صحيح.

وقد ذكروا فيما إذا أذن لعبده في النكاح، فنكح نكاحاً فاسداً، فهل له أن ينكح بعده نكاحاً صحيحاً، بذلك الإذن أم لا؟

فيه قولان: وأصحهما نعم، لأن الإذن ينزل على الصحيح، والقول الآخر معتمد من قال: إنه يتنزل على الأعم من الصحيح والفاسد، وهذا كله في العقود.

أما في العبادات:

فإذا حلف على الحج حنث بالفاسد قطعاً، لأنه يجب المضي فيه، وإتمام أعماله كالصحيح[1]. فهذا هو المأخذ في القول بالحنث به، لا لأن الألفاظ الشرعية تتنزل على الصحيح والفاسد.

وأما الصلاة، فإذا حلف لا يصلي، فمتى يحنث؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يحنث بمجرد التحريم بالصلاة.

والثاني: عن ابن سريج أنه لا يحنث حتى يركع، فإنه حينئذ يكون أتى بمعظم الركعة فيقوم مقام الجميع.

والثالث: لا يحنث إلا بالفراغ منها، لأنها قد تفسد قبل تمامها فيخرج عن كونه مصلياً، كما في العقود الفاسدة، هكذا ذكر الأوجه الرافعي، ولم يصحح، وصحح النووي عنه الأول[2]، ولم ينبه عليه أنه من زياداته، وقال الرافعي بعد ذكرها: لو أفسدها بعد الشروع فيها لم يحنث على الوجه الثالث، ويحنث على الأول مطلقاً، وعلى الثاني إن كان الإفساد بعد الركوع.

قال: وليس ذلك لأن اللفظ يقع على الصحيح والفاسد بل لأن الشارع في الصلاة يسمى مصلياً فيعتبر أن يكون الشروع صحيحاً حتى لو تحرم مع الإخلال ببعض الشروط لا يحكم بالحنث. ولو قال ما صليت، وكان قد أتى بصورة صلاة فاسدة، لم يقل بالحنث، أما لو قال لا أصلي صلاة، فإنه لا يحنث حتى يفرغ منها صحيحة، ولو لم يجد ماء ولا تراباً فصلى يحنث، لأنها تعد صلاة، وإن وجب القضاء، إلا أن يريد صلاة مجزية[3].

---

(١) الروضة ١١/ ٥٠، وهل يحنث بمجرد الإحرام؟ أم بعد الفراغ؟ أم الوقوف بعرفة؟ فيها ثلاثة أوجه. الروضة ١١/ ٦٧.

(٢) الروضة ١١/ ٦٦، وهو ما اختاره الماوردي في الحاوي ١٩/ ٤٢١.

(٣) المصدر السابق ١١/ ٦٦.

وأما الصوم، فإذا حلف لا يصوم، فيحنث بأن يصبح صائماً أو بأن ينوي صوم التطوع قبل الزوال أم لا يحنث حتى يتم؟ فيه الخلاف، وهكذا ذكراه في الشرح[1] والروضة[2] ولم يزيدا عليه، وينبغي أنه إذا فسد في أثناء النهار لا يحنث، لأن الصوم لا يتبعض، وفيه نظر، والله أعلم.

تتميم

ومما ينبني على أن الأصل في الإطلاق الحقيقة، أن حقيقة الإضافة باللام الملك، فلو قال: هذه الدار لزيد، كان إقراراً له بالملك، حتى لو قال: أردت بها أنها مسكنه، لم يسمع، وكذلك إذا شهد الشاهدان أنها لفلان، بدليل أنه يصح أن يقال فيما يسكنها بإجارة أو إعارة: ليست له، فإذا حلف لا يدخل دار فلان، لم يحنث إلا بما يملكها دون ما يسكنها بكراء أو عارية، لأن ذلك مجاز[3].

وعن القاضي حسين أنه إذا حلف على ذلك بالفارسية، حنث بما يسكنها مطلقاً.

قال الرافعي: ولا يكاد يظهر فرق بين اللغتين، فلو كانت الدار وقفاً على المحلوف عليه، فإن قلنا: الملك في الوقف ينتقل إلى الموقوف عليه، حنث بدخولها وإلا فلا، ولو كان وقفها المحلوف عليه على غيره، حنث بدخولها إذا فرع على أن الملك في الموقوف يبقى للواقف وإلا فلا، أما إذا حلف لا يدخل داراً يسكنها زيد، فإنه يحنث بما هو ساكنها بالإجارة والعارية أيضاً[4].

وفي المغصوب وجهان، لأنه لا يملك سكناها، وصحح النووي الحنث[5] بها، لوجود صورة السكن، وليس ذلك كالإضافة إليه بحرف اللام.

وهل يحنث بدخول داره التي هي ملكه، وليس بساكنها، ثلاثة أوجه حكاها الإمام: أصحها أنه لا يحنث، لأنها ليست مسكنه حقيقة.

---

(١) المقصود بالشرح: كتاب فتح العزيز في شرح الوجيز، ويسمى بالشرح الكبير وهو كتاب شرح فيه الرافعي كتاب الوجيز للغزالي. كشف الظنون ٢/ ٢٠٠٣ والمطبوع منه إلى منتصف باب الإجارة طبع بهامش كتاب المجموع للنووي.

(٢) الروضة ١١/ ٦٧، ويقصد بالشرح هنا: هو الشرح الكبير للرافعي على الوجيز للغزالي.

(٣) التنبيه ص١٩٥، والروضة ١١/ ٥٣.

(٤) التنبيه ص١٩٥.

(٥) الروضة ١١/ ٥٤.

وثالثها: إن سكنها قبل ذلك وقتاً ما، حنث لأنه اتخذها مسكناً[1].

وذكر الجيلي[2] في شرح التنبيه أن الفتوى في زماننا على أنه إذا حلف لا يدخل دار فلان، يحنث بدخول ما يسكنه بغير الملك.

قال ابن الرفعة: وهذا مستمد من جعل الحرام صريحاً في الطلاق، كما صار إليه متأخرو الأصحاب، ومن أن المعتبر في الأيمان عرف اللافظ لا عرف اللفظ.

وكذلك حكى الرافعي عن الروياني: أن الفتوى على ذلك فيما إذا حلف لا يدخل حانوت فلان.

قلت: ويمكن الفرق بين الحانوت والدار، لأن العرف شائع في إضافة الحانوت إلى من يسكنه، وإن كان بإجارة، وهو مجاز شائع.

وقالوا فيمن حلف أنه لا يركب دابة عبد فلان، لا يحنث بالدابة المجعولة باسمه، لأن حقيقة الإضافة الملك، وهو لا يملك، فلو كان السيد ملكه تلك الدابة فالجمهور بنوه على أنه هل يملك أم لا؟

قال ابن كج: لا يحنث، وإن قلنا إنَّ العبد يملك، لأن ملكه ناقص والسيد يتمكن من انتزاعه منه وإزالة ملكه[3].

ومذهب أبي حنيفة في المسألة الحنث[4] اعتباراً للإضافة العرفية، أما إذا فسر الحالف لفظه بأنه أراد بالدابة، ما هي معدة لركوب العبد، وبالدار ما هو ساكنها، فيظهر قبول ذلك منه، لأن ذلك وإن كان مجازاً، فقد ورد الشرع باستعماله في قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ [الطلاق: ١]، والمراد بيوت الأزواج، واللفظ يصرف إلى المجاز بالنية عند قيام القرينة، كما سيأتي قريباً، لكن قال ابن الصباغ: إنه يقبل في الحلف بالله تعالى، وأما في الحلف بالطلاق والعتاق فيدين ولا يقبل في الحكم[5].

---

(١) الروضة ١١/ ٥٤.

(٢) هو رضي الدين أبو داود سليمان بن مظفر الجيلي، الفقيه الشافعي، قدم إلى بغدد سنة ٥٨١هـ، وسكن النظامية ودرس بها وأفتى، من تصانيفه: الإكمال في الفقه في خمسة عشر مجلداً، وهوامش على التنبيه للشيرازي، طبقات الأسنوي ١/ ٣٧٦، والبداية والنهاية ١٢/ ١٤١.

(٣) الروضة ١١/ ٥٦.

(٤) انظر المبسوط ٩/ ١٣.

(٥) الروضة ١١/ ٨٢.

وهذا فيه نظر، لأنا إنما ندين ولا نقبل في الحكم فيما ينفعه إذا كان على خلاف الظاهر، أما ما فيه تغليظ عليه، فينبغي أن يقبل في الظاهر، أو لا يتوقف فيه، كما في هذه المسألة.

وقد يصرف اللفظ عن حقيقته إلى مجازه لقرينة، كما لو قال: رهنت الخريطة[1]، ولم يتعرض لما فيها، وكانت الخريطة لا يقصد رهنها في مثل هذا الدين، فهل يجعل رهناً لما في الخريطة، وإن كان مجازاً للقرينة الحالية، فيه وجهان:

أما إذا كانت الحقيقة مهجورة لا تتبادر إلى الذهن، فإنه يتعين الحمل على المجاز، كما لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة، فإن الفهم يتبادر إلى ثمرها دون ورقها وأغصانها وخشبها، وإن كان هو الحقيقة، فلا يحنث بشيء من ذلك إلا بثمرها، لأن الحقيقة أميتت، بخلاف قوله: لا آكل من هذه الشاة، لأنه يحمل على الحقيقة لقوتها، وهو الأكل من لحمها، ولا ينصرف إلى لبنها، ولا إلى نتاجها، لأنه مجاز[2].

فلو كان المجاز هو الغالب، والحقيقة تتعاهد بعض الأوقات، كما لو قال: لأشربن من هذا النهر، فإن حقيقته أن يشرب من النهر بنفسه، بأن يكرع منه بفمه، وهو قليل جداً، لا يفعل إلا نادراً، والغالب أن يشرب منه باليد، أو من إناء أخذ منه فيه، وهذا مجاز، فيحصل البر بما فعله منهما، ولا يقتصر به على واحد منهما لتعادلهما، وهذه ترجع إلى قاعدة التعارض بين الحقيقة المرجوحة والمجاز الراجح، والأرجح في تصورها هذا الذي ذكرناه أن يكون المجاز غالباً، والحقيقة تتعاهد في بعض الأوقات، وقيل صورته: أن يغلب المجاز على الحقيقة، بحيث يكون هو المتبادر إلى الذهن، كالمنقول الشرعي والعرفي إذا وردا من غير الشرع، وأهل العرف، أما إذا وردا من جهتهما، فإن المتبادر هو المنقول في اصطلاح اللافظ.

وقيل بل صورته: أن يغلب المجاز حتى يساوي الحقيقة، كالنكاح إذا لم يجعل مشتركاً، بل حقيقة في أحد المعنيين، فإنه يطلق عليهما، أعني العقد والوطء، إطلاقاً متساوياً مع أنه حقيقة في أحدهما.

ونقل الأصوليون[3] الخلاف فيه عن أبي حنيفة وأبي

---

(١) الخريطة: هنة مثل الكيس تكون من الخرق والآدم تسرج على ما فيها. لسان العرب ١/ ٨١٥.
والآدَمُ: جمع أَدِيم، وهو الجلد.

(٢) الروضة ١١/ ٨٢.

(٣) منهم الرازي في المحصول. انظر المحصول ج١/ ق١/ ٤٧٦، وأصول السرخسي ١/ ١٩٦.

يوسف[1]. وأن عند أبي حنيفة الحقيقة المرجوحة أولى، وعند أبي يوسف: المجاز الراجح أولى.

واختار جماعة: التوقف[2] لتعارضهما، إلى أن يقوم دليل على إرادة أحدهما، فإن كونه حقيقة تقتضي القوة، وكونها مرجوحة تقتضي الضعف، وكذلك الحمل على المجاز ضعيف، لكونه على خلاف الأصل، وكونه راجحاً لغلبته يقتضي القوة، فتعادلا.

ونظير هذه القاعدة، مسائل النقيصة مع الفضيلة والكمال، من وجه دون وجه مع مثله.

منها: في الإمامة في الصلاة[3] إذا تعارض الأفقه والأقرأ، فالصحيح أن الأفقه أولى، وقيل يستويان، فلا ترجيح بينهما لتعادل الفضيلتين، وهو ظاهر نصه في المختصر[4].

ولو تعارض الأورع مع الأفقه الأقرأ، فالمشهور ترجيح هذا، وفيه وجه - جزم به البغوي والمتولي - : أن الأورع مقدم[5].

ولو تعارض السن والنسب، كشاب قرشي وشيخ غير قرشي، فقولان: الجديد: يقدم الشيخ، والقديم الشاب.

---

(١) أبو يوسف هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الكوفي البغدادي صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه، توفي ببغداد في خلافة الرشيد سنة ١٨٢هـ. مفتاح السعادة ٢/ ١٠٠ لطاش كبري زاده القاهرة دار الكتب الحديثة ١٩٦٨م، وأخبار القضاة ٣/ ٢٥٤ لوكيع بن خلف ثلاثة مجلدات طبع في القاهرة سنة ١٣٦٦هـ.

(٢) المحصول ١/ ق١/ ٤٧٦.

(٣) الأسباب المرجحة في الإمامة ستة: الفقه والقراءة والورع والسن والنسب والهجرة، فإن اختص واحد بأحد الأسباب مع الاستواء في الباقي من كل وجه، قدم المختص ويقدم من له فقه وقراءة على من له أحدهما، وكذا من له ثلاثة أسباب أو أكثر على من دونه وإن تعارضت الأسباب ففيه خمسة أوجه:

أصحها عند الجمهور: أن الأفقه مقدم على الأقرأ والأورع.

الثاني: الأقرأ مقدم على الجميع، وهو قول ابن المنذر والإمام أحمد وإسحاق.

الثالث: يستوي الأفقه والأقرأ.

الرابع: يقدم الأورع على الأفقه والأقرأ وغيرهما، قاله الشيخ أبو محمد الجويني وجزم به البغوي والمتولي.

الخامس: أن السن مقدم على الفقه وغيره، حكاه الرافعي. انظر المجموع ٤/ ١٨١-١٨٢.

(٤) مختصر المزني مطبوع مع الأم ٨/ ١١٧.

(٥) المجموع ٤/ ٢٨٢.

ولو تعارض السن والنسب مع الهجرة، فأيهما يقدم؟ فيه القولان: والجديد تقديم السن والنسب، وفي القديم تقديم الهجرة، وصححه في المهذب[١]، وقال النووي: هو المختار[٢].

ومنها: الأعمى والبصير في الإمامة أيضاً، لأن البصير طهارته أكمل إذا تجنب النجاسة، والأعمى لا ينظر إلى ما يلبسه فهو أكثر خشوعاً، وفيهما ثلاثة أوجه:

أصحها: أنهما سواء لتعادلهما.

والثاني: الأعمى أولى[٣].

والثالث: البصير أولى، واختاره الشيخ أبو إسحاق الشيرازي[٤].

ومنها: في الصلاة على الجِنازة إذا اجتمع حر غير فقيه وعبد فقيه، وجهان: أصحهما: تقديم الحر.

والثاني: الرقيق، لفقهه.

وقال الإمام الغزالي: لعل التسوية بينهما أولى لتعادل الفضيلتين[٥].

وكذلك إذا اجتمع عبد قريب وحر أبعد منه، فيه هذه الآراء الثلاثة كما تقدم.

ومنها: إذا تعارضت صلاته أول الوقت بالتيمم مع آخر الوضوء وهي على أحوال:

أحدها: إن تيقن وجود الماء آخر الوقت، فالمذهب الصحيح المشهور، أن الأفضل التأخير، وحكى في التتمة وجهاً أن الأفضل التقديم.

الثاني: أن يغلب على ظنه وجود الماء آخر الوقت، فقولان: أصحهما: أن تقديم الصلاة بالتيمم أفضل.

الثالث: أن يشك فلا يترجح الوجود على العدم ولا عكسه[٦]، فطريقان:

---

(١) المهذب ١/٩٨.

(٢) المجموع ٤/ ٢٨٢.

(٣) وهو اختيار أبي إسحاق المروزي. المهذب ١/ ٩٩.

(٤) المهذب ١/ ٩٩.

(٥) الوجيز ١/ ٧٦، وانظر الوسيط ٢/ ٨١٧.

(٦) ذكر المصنف صورة واحدة للحالة الثالثة. وهناك صورة ثانية، وهي أن يكون راجياً ظاناً الوجود، ففيه قولان، أصحهما. تقديم الصلاة بالتيمم أول الوقت أفضل، والثاني التأخير أفضل. المجموع ٢/ ٢٦٢.

أحدهما: طرد القولين.

والثاني: الجزم بأفضلية التقديم، وممن نقل القولين في هذه الصورة الشيخ أبو حامد والماوردي والمحاملي[١]، وفي كلام الرافعي إنكار لذلك[٢] وهو منتقد عليه[٣].

ومنها: إذا تعارض الصلاة في أول الوقت منفرداً مع الصلاة جماعة في آخره، وقد اختلف كلامهم فيه، فقطع جماعة من العراقيين، منهم الماوردي[٤] بأفضلية التأخير من أجل الجماعة، وقطع أكثر الخراسانيين بأفضلية التقديم.

وقال الإمام والغزالي: لا خلاف فيه[٥] وليس كذلك.

ونقل صاحب الشامل عن الأصحاب: أنه إن رجا جماعة آخر الوقت ولم يتحققها، ففي استحباب التأخير وجهان، وإلا فالتقديم أفضل.

وقال القاضي أبو الطيب: حكم الجماعة حكم التيمم[٦]، وحكى البندنيجي أن الشافعي رحمه الله نص في الأم[٧] على أن التقديم أول الوقت أفضل، وفي الإملاء على أن التأخير للجماعة أفضل[٨].

قالوا: ويجري الخلاف في المريض العاجز عن القيام إذا رجا القدرة عليه في آخر الوقت. وفي العاري إذا رجا السترة في آخر الوقت.

قلت: الذي ينبغي القطع بالتأخير في العاري إذا رجا السترة، لأن كشف العورة مناف لصفة الصلاة، مبطل لها، بخلاف التيمم والانفراد والقعود.

---

(١) المجموع ٢/ ٢٦٢.

(٢) المجموع ٢/ ٢٦٢.

(٣) وهو مردود، فقد صرح بالقولين في حالة الشك الشيخ أبو حامد والماوردي والمحاملي في التجريد. فقالوا: لو كان لا يعلم وجود الماء في آخر الوقت ولا عدمه ولم يكن أحد الاحتمالين في وجوده وعدمه أقوى من الآخر، ففيه القولان، وهؤلاء العلماء هم شيوخ المذهب وصرح به غيرهم كالشيرازي وغيره. المجموع ٢/ ٢٦٢.

(٤) الحاوي ١/ ٣٤٦.

(٥) ذكر ذلك في البسيط. المجموع ٢/ ٢٦٣.

(٦) أي إن تيقن الجماعة آخر الوقت فالتأخير أفضل، وإن تيقن عدمها فالتقديم أفضل، وإن رجا الأمرين فعلى القولين. المجموع ٢/ ٢٦٣.

(٧)

(٨) المجموع ٢/ ٢٦٣.

وحكى النووي عن صاحب الفروع[1] أنه إن خاف فوت الجماعة لو أسبغ الوضوء وأكمله. فإدراك الجماعة أولى من الانحباس على إكمال الوضوء، ثم قال الشيخ وفي هذا نظر[2].

قلت: لا نظر في ذلك، لأن الجماعة مختلف في وجوبها، والأظهر أنها فرض كفاية، فهي أولى من الإتيان بسنن الوضوء، وقال النووي بعد ذكر ما تقدم في الجماعة: ويحتمل أن يقال: إن فَحَشَ التأخير فالتقديم أفضل، وإن خف فالانتظار أفضل[3].

ومنها: إذا قدر أن يصلي في بيته قائماً منفرداً، وإذا صلى مع الجماعة احتاج أن يقعد في بعضها، فالأفضل أن يصلي قائماً منفرداً، قاله الشافعي والأصحاب، ويجوز في الجماعة وإن قعد في بعضها.

ومنها: إذا دخل المسجد والإمام في الصلاة، وعلم أنه إن مشى إلى الصفوف الأُوَلِ فاتته ركعة، وإن صلى في مُؤَخَّرِ المسجد أدركها بكاملها، قال النووي في شرح المهذب: لم أر فيها نقلاً، والظاهر أنه إن خاف فوت الركعة الأخيرة حافظ عليها، وإن خاف فوت غيرها مشى إلى الصف الأول[4].

ومنها: الخصال المعتبرة في الكفاءة، وهل يقابل بعضها بعضاً، قال الرافعي: قضية كلام الأكثرين المنع، وصرح به صاحب التهذيب وأبو الفرج السرخسي، حتى لا تزوج سليمة من العيوب دنيئة من معيب نسيب، ولا حرة فاسقة من عبد عفيف، ولا عربية فاسقة من عجمي عفيف، ولا عفيفة رقيقة من فاسق حر.

وفصل الإمام فقال: السلامة من العيوب لا تقابل سائر فضائل الزوج، ولذلك يثبت به حق الفسخ، وإن كان في المعيب فضائل جمة، وكذلك الحرية لا تقابل بفضيلة

---

(١) صاحب الفروع هو: أبو بكر محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر الكناني المصري الشهير بابن الحداد، أخذ العلم عن جماعة منهم منصور بن إسماعيل التميمي ومحمد بن جرير، وجالس أبا إسحاق المروزي، من مصنفاته الباهر في الفقه، وأدب القضاء، وأما كتابه المسمى بالفروع والذي عرف به فيقال فروع ابن الحداد فهو كتاب في فروع الشافعية. ويسمى أيضاً بالمولدات وهو كتاب صغير الحجم كثير الفائدة دقق في مسائله غاية التدقيق، توفي سنة ٣٤٥هـ. طبقات الشيرازي ص١١٤، وطبقات الأسنوي ١/ ٣٩٨، وكشف الظنون ٢/ ١٢٥٦.

(٢) المجموع ٢/ ٢٦٣.

(٣) المجموع ٢/ ٢٦٣ وفحش: جاوز الحد.

(٤) المجموع ٢/ ٢٦٤.

أخرى، وكذلك النسب[١].

نعم، العفة الظاهرة في الزوج هل تجبر دناءة نسبه، فيه وجهان: أظهرهما المنع.

قال[٢]: والتنقي من الحِرَفِ الدنيئة يعارضه الصلاح وفاقاً، واليسار إن اعتبرناه يعارض بكل خصلة من خصال الكفاءة، والأمة العربية جواباً على استرقاق العرب[٣] إذا تزوجت من الحر العجمي كان على هذا الخلاف في حصول الانجبار[٤].

ومما شذ عن هذه القاعدة العبد المسلم مع الحر الكافر في القصاص ليسا كفأين فيه، حتى لا يقاد به جزماً، قاله الغزالي[٥] وغيره[٦]، والله أعلم.

مسألة

اختلفوا في مدلول الواو العاطفة، فالأظهر أنها لمطلق الجمع من غير إشعار بخصوصية المعية، ولا الترتيب، وهو قول الجمهور[٧]، ونص عليه سيبويه[٨] في كتابه

---

(١) كلام الرافعي أعلاه، وما نقله عن صاحب التهذيب وأبي الفرج السرخسي والإمام في الروضة ٧/ ٨٣.

(٢) أي الرافعي.

(٣) الأسير إذا كان من العرب هل يجوز استرقاقه؟ في ذلك خلاف:
قال في الجديد: يجوز له الاسترقاق والمفاداة، لأن من جاز المن عليه والمفاداة به من الأسارى جاز استرقاقه، وقال في القديم: لا يجوز استرقاقه لما روى معاذ رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال يوم حنين: (لو كان الاسترقاق ثابتاً على العرب لكان اليوم، وإنما هو أسر وفداء) الحديث أخرجه البيهقي من طريق الواقدي. السنن الكبرى ٩/ ٧٤، وحلية العلماء ٧/ ٦٥٥، والمهذب ٢/ ٢٣٦.

(٤) الروضة ٧/ ٨٣.

(٥) الوجيز ٢/ ١٢٦.

(٦) كالنووي. الروضة ٩/ ١٥١.

(٧) قال به الرازي والآمدي وابن الحاجب، وهو مذهب أئمة أهل اللغة. المحصول ١/ ٥٠٧ وما بعدها. والإحكام للآمدي ١٨٨٩، ومختصر ابن الحاجب بشرح العضد ١/ ١٨٩ وما بعدها.

(٨) هو عمرو بن عثمان بن قنبر أبو بشر، ويلقب بسيبويه وهو لقب فارسي معناه بالعربية (رائحة التفاح) ولقب بهذا اللقب لأن وجنتيه كانتا كأنهما تفاحتان، فقد كان في غاية الجمال، قدم البصرة مع والديه وهو طفل صغير ونشأ بها وأخذ العلم عن شيوخها حتى أصبح شيخ النحاة وإمامهم، وصنف كتابه المشهور الذي لم يصنف في النحو مثله لا قبله ولا بعده، اختلفوا في تاريخ وفاته فقيل سنة ١٦١هـ وقيل ١٧٧هـ وقيل غير ذلك.
أخبار النحويين البصريين للسيرافي ص٤٨، وطبقات النحويين واللغويين للزبيدي ص٧٣ =

كثيراً[1].

وقيل: إنها تفيد الترتيب عند الإطلاق، قاله جماعة من الكوفيين[2]، وعزاه جماعة إلى الإمام الشافعي رضي الله عنه، وذكر بعض الحنفية[3] أنه نص عليه في كتاب أحكام القرآن[4]، وأخذه بعض المصنفين من لازم قوله في وجوب الترتيب في الوضوء وفي التيمم، وليس كذلك، فإنه نص في الوضوء على أن الترتيب مستفاد من فعل النبي ﷺ[5] مع قوله في الصفا والمروة: (نبدأ بما بدأ الله تعالى به)[6]، ولكنه وجه مشهور في المذهب.

وقال بعضهم: هي للجمع بقيد المعية. وعزي إلى الحنفية[7]، وأنكره إمام الحرمين[8]، وذهب الغزالي إلى أنها للترتيب، حيث يستحيل الجمع[9] كقوله تعالى:

= تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، السعادة ١٣٧٣هـ، وبغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة للسيوطي ص٣٦٦ السعادة ١٣٢٧هـ.

(١) نص عليه في كتابه في سبعة عشر موضعاً منها: ١/ ٣٠٠ و٤٣٨ و٣/ ٤١.

(٢) نسبة إلى الكوفة وهي إحدى المدارس النحوية التي يتزعمها الكسائي وتلميذه الفراء. المدارس النحوية لشوقي ضيف ص١٥١ طبعة دار المعارف ـ الطبعة السادسة.
والكوفة المصر المشهور بأرض بابل من سواد العراق، وسميت الكوفة لازدحام الناس بها من قولهم تكوف الرمل تكوفاً إذا ركب بعضه بعضاً أو لاستدارتها. معجم البلدان ٤/ ٤٩٠، ومراصد الاطلاع ٣/ ١١٨٧، والمزهر للسيوطي تحقيق إبراهيم البجاوي وجاد المولى ١/ ٤٠٠ القاهرة.
ومن الكوفيين الفراء وثعلب وقطرب. المجموع ١/ ٤٤٥، ونهاية السول ٢/ ١٨٥.

(٣) كالسرخسي في أصوله ١/ ٢٠٠.

(٤) كتاب ألفه الإمام الشافعي وهو أول مصنف في أحكام القرآن. كشف الظنون ١/ ٢٠.

(٥) ورد عن حمران مولى عثمان أنه رأى عثمان بن عفان دعا بإناء فأفرغ على كفيه ثلاث مرات فغسلهما ثم أدخل يمينه في الإناء فمضمض واستنشق ثم غسل وجهه ثلاثاً ويديه إلى المرفقين ثلاث مرات ثم مسح برأسه ثم غسل رجليه ثلاث مرات إلى الكعبين ثم قال: قال رسول الله ﷺ: (من توضأ نحو وضوئي هذا ثم صلى ركعتين لا يحدث فيهما نفسه غفر له ما تقدم من ذنبه). صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١/ ٢٥٩.

(٦) سنن الترمذي ٣/ ٢١٦ رقم الحديث ٨٦٢ وقال عنه هذا الحديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم. وسنن النسائي ٥/ ٢٣٩، والموطأ ١/ ٣٧٢.

(٧) فواتح الرحموت ١/ ٢٢٩، وأصول السرخسي ١/ ٢٠٠.

(٨) البرهان ١/ ١٨٢.

(٩) المنخول للغزالي ص٨٤ تحقيق محمد حسن هيتو - دار الفكر، وهذا الرأي منقول عن الفراء كذلك. الإحكام للآمدي ١/ ٨٨.

﴿ ٱرْكَعُواْ وَٱسْجُدُواْ﴾ [الحج: ٧٧]، وحكى أبو المظفر بن السمعاني[١] عن القاضي الماوردي أنه قال: لها حقيقة، ومجاز، ومختلف فيه، فالحقيقة كونها للجمع والاشتراك، والمجاز استعمالها بمعنى أو، والمختلف فيه إذا استعملت للترتيب.

فالجمهور على سبيل المجاز.

وذهب بعض أصحاب الشافعي إلى أنها حقيقة في ذلك، فإذا استعملت في موضع يحتمل الأمرين، حملت على الترتيب دون الجمع لزيادة الفائدة، واحتج هؤلاء بأنه إذا قال لغير المدخول بها: أنت طالق وطالق وطالق، لم يقع إلا واحدة، بخلاف: أنت طالق ثلاثاً[٢]. هذا هو المشهور من المذهب.

وحُكِيَ قولٌ قديمٌ: إنها تطلق ثلاثاً، كمذهب مالك[٣]، وبعضهم ذكر وجهاً، وهذا التمسك ضعيف، لأنه إذا قال: أنت طالق ثلاثاً، كان الكلام جملة واحدة، وقوله ثلاثاً، تفسير لقوله: أنت طالق، والكلام معتبر بآخره.

أما إذا نسق بالواو، فقد عدد الجمل، فكانت الجملة الأولى غير مقيدة بشيء، فيقتضي وقوع الطلاق بها، فتصادفها الجملة الثانية وهي بائن، فلا تؤثر لعدم تأثر المحل بها، والواو لا تقتضي الجمع بقيد المعية، فمدلول الكلام ثلاث إيقاعات ولا يلزم منه أن تكون الواو للترتيب.

أما إذا قال لغير المدخول بها: إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق، فدخلت ففيها وجهان:

أحدهما: أنه لا يقع بالدخول إلا واحدة، كما إذا نجز ذلك.

وأصحهما: أنه يقع ثلاث[٤]، لأنها جميعاً معلقة بالدخول واقعة عنده فلا تقدم ولا تأخر.

وقال صاحب التتمة: ويمكن بناء الوجهين على خلاف بين أصحابنا في أن الواو للجمع المطلق أو الترتيب.

---

(١) هو أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي أولاً الشافعي أخيراً، من أهل مرو مولداً ووفاة، من تصانيفه القواطع في أصول الفقه. توفي سنة ٤٨٩هـ. طبقات السبكي ٤/ ٢١، وطبقات الأسنوي ٢/ ٢٩.

(٢) الروضة ٨/ ٧٩، والمنخول ص٨٥.

(٣) مختصر ابن الحاجب بشرح العضد ١/ ١٨٩.

(٤) الروضة ٨/ ٨٠.

قلت: وفي هذا البناء نظر من جهة أن مقتضى ما رجحوه أن تكون الواو للجمع بقيد المعية لا لمطلق الجمع، فلو قدم الجزاء فقال: أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار، فطريقان:

أحدهما: أنه على الخلاف المتقدم.

والثاني: القطع بوقوع الثلاث إذا دخلت[1].

ومما ينبني على الخلاف المتقدم ما إذا قال: إن كلمت زيداً ودخلت الدار فأنت طالق، وفيه وجهان:

أصحهما: أنه متى وجد الفعلان وقع الطلاق، سواء وجدا معاً أو أحدهما قبل الآخر، على وفق ما قال أو بالعكس.

والثاني: أنها لا تطلق حتى يتقدم تكليمها على الدخول.

قال الرافعي: وهذا ذهاب من قائله إلى أن الواو تقتضي الترتيب، وهو وجه مشهور، لكن الراجح خلافه[2].

ومنه، إذا وكل رجلاً في الخلع فقال: خذ مالي ثم طلقها، لم يجز تقديم الطلاق على أخذ المال، فلو قال خذ مالي وطلقها، فهل يشترط تقديم أخذ المال كما في الصورة الأولى، أم لا يشترط ذلك، ويجوز تقديم الطلاق؟

فيه وجهان حكاهما الرافعي، وقال: رجح صاحب التهذيب منهما الأول[3].

قلت: وهذا يحتمل أن يكون ذهاباً من البغوي إلى أن الواو للترتيب، ويحتمل أن يكون احتياطاً للموكل في تقديم أخذ المال، لأن الرافعي حكى بعد ذلك فيما لو قال: طلقها ثم خذ مالي، أنه يجوز تقديم أخذ المال على الطلاق، فإنه زيادة خير، وهذا يدل على أن المعتبر شيء آخر غير مراعاة التقديم اللفظي، والله أعلم.

قاعدة

أصل وضع الصفة أن تجيء للتخصيص أو للتوضيح[4]، مثل: مررت برجل عاقل

---

(١) الروضة ٨/ ٨٠.

(٢) الروضة ٨/ ١٧٦.

(٣) الروضة ٧/ ٣٧٣، والتمهيد للأسنوي ص٢٠٥.

(٤) ففي النكرة للتخصيص وفي المعرفة للتوضيح. المنثور في القواعد للزركشي ٢/ ٣١٣. =

وبزيد العالم. ويعبر عنهما أيضاً بالشرط والتعريف، لأن تخصيص الموصوف بتلك الصفة بمنزلة اشتراطها فيه، ويقع الاختلاف بحسب تردد هذين المعنيين في الكتاب والسنة ومسائل فقهية.

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿ ۞ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥]، فإن هذه الجملة التي هي: ﴿لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ صفة ثانية لعبد، فإن حملت على التوضيح كان فيه متمسك للجديد من مذهب الشافعي أن العبد لا يملك شيئاً، وأن ملكه للسيد[1] أو غيره، أي هذا شأن العبد.

وإن جعلت للتخصيص، كان فيه متمسك لمذهب مالك والقديم من قولي الشافعي إنه يملك، لأن سياق الآية يقتضي تخصيص هذا العبد بهذه الصفة، فيقتضي مفهومها أنه يملك شيئاً.

ومن السنة: حديث صفوان بن أمية[2] رضي الله عنه أن النبي ﷺ لما استعار منه أدراعه قال له: أغصباً؟ فقال النبي ﷺ: (بل عارية مضمونة)[3]، فذهب الشافعي أن العارية تضمن مطلقاً[4]، فتكون الصفة هنا للتوضيح، أي هذا شأن العارية، وهو جار على ما اختاره في الآية. ومن يقول إنَّ العارية لا تضمن مطلقاً يجعل الصفة هنا

= ويقول القرطبي في تفسيره: (فهم المسلمون من هذه الآية ومما قبلها نقصان رتبة العبد عن الحر في الملك وأنه لا يملك شيئاً وإن ملك، قال أهل العراق الرق ينافي الملك فلا يملك شيئاً البتة بحال، وهو قول الشافعي في الجديد وبه قال الحسن وابن سيرين ومنهم من قال يملك إلا أنه ناقص الملك لأن لسيده أن ينتزعه منه أي وقت شاء، وهو قول مالك ومن اتبعه وبه قال الشافعي في القديم. وهو قول أهل الظاهر. تفسير القرطبي ١٠/ ٩٧.

(١) حاشية البجيرمي على شرح المنهج ٢/ ٣٢٤، ونهاية المحتاج ٣/ ٢١٦.

(٢) هو صفوان بن أمية بن خلف القرشي الجمحي، استعار منه رسول الله ﷺ سلاحاً وشهد حنيناً كافراً، أسلم من كثرة ما أعطاه الرسول ﷺ، وكان من المؤلفة قلوبهم وحسن إسلامه وأقام بمكة فقدم المدينة مهاجراً ومات بمكة سنة ٤٢هـ أول خلافة معاوية رضي الله عنه. أسد الغابة لابن الأثير ٣/ ٢٣ ط الشعب، وتهذيب التهذيب ٤/ ٤٢٤.

(٣) في مسند الإمام أحمد ٦/ ٤٦٥ عن أمية بن صفوان عن أبيه عن الرسول ﷺ استعار منه يوم حنين أدرعاً فقال: أغصباً يا محمد؟ قال: (بل عارية مضمونة) قال فضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضمنها له قال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب. سنن أبي داود ٣/ ٢٦٤، «وقال الحاكم هذا الحديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه» المستدرك مع تلخيص المستدرك للذهبي ٢/ ٤٧، والسنن الكبرى للبيهقي مع الجوهر النقي ٦/ ٨٨-٩٠، والدارقطني ٣/ ٣٨.

(٤) أسنى المطالب ٢/ ٣٢٥، وتحفة المحتاج ٢/ ٣٧٠.

للشرط، لكن يلزمه أن يقول إنها تضمن إذا شرط فيها الضمان، وليس مذهب الحنفية ذلك[1].

ومن المسائل الفقهية المخرجة على هذا الأصل: إذا قال لوكيله استوف ديني الذي على فلان، فهل له أن يستوفيه من وارثه إذا مات من عليه الدين؟ فيه وجهان:

إن جعلنا الصفة التي هي قوله: «الذي على فلان» للتعريف، كان له أن يستوفيه من الوارث.

وإن جعلناها للشرط لم يكن له استيفاؤُهُ منه.

ومنها: إذا قال لزوجته إذا تظاهرت من فلانة الأجنبية، فأنت علي كظهر أمي، ثم تزوج تلك فظاهر منها، فهل يصير مظاهراً من الزوجة الأولى؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يصير، ويجعل الوصف بقوله أجنبية توضيحاً.

والثاني: لا يصير مظاهراً منها، وتكون الصفة للشرط، فكأنه علق ظهاره على ظهاره من تلك حال كونها أجنبية وذلك تعليق على ما لا يكون ظهاراً شرعياً فلا يصير مظاهراً من الأولى، وهذا ما صححه الرافعي[2].

ومنها: إذا حلف لا يركب دابة هذا العبد، فعتق وملك دابة، فركبها، ففيه وجهان:

قال الغزالي: يحنث، وهو بناء على أن الصفة بالعبد تعريف.

وقال ابن كج: لا يحنث[3]، وهو يتخرج على كونها للشرط، والعبد لا يملك، وقد تقدمت المسألة[4].

ومنها: إذا قال إن أعطيتني هذا الثوب الهروي، فأنت طالق، فبان مروياً بعد ما أعطته فوجهان[5]:

عن القاضي حسين أحدهما: لا تَطْلُقُ، كما لوقال لو أعطيتني هذا الثوب وهو هروي وينزل اللفظ على الاشتراط.

---

(١) ولو هلكت العارية بلا تعد من المستعير فلا ضمان، ولو بشرط الضمان فإنه شرط باطل كما في المحيط مجمع الأنهر وشرح ملتقى الأبحر تأليف براماد أفندي ٢/ ٣٤٧ ط تركيا ١٣١٩هـ.

(٢) الروضة ٨/ ٢٦٦.

(٣) انظر هذه المسألة ورأي الغزالي وابن كج فيها في الروضة ١١/ ٥٦.

(٤) في ص٢٢٤.

(٥) انظر الوجهين في الروضة ٧/ ٤١٣-٤١٤.

والثاني: وقال الرافعي إنه الأشبه ـ أنها تطلق، لأنه أشار إلى عين الثوب.

وقال أبو سعد الهروي: إنه جاء على وجه التعريف.

ومثله إذا قال: لا أكلم هذا الصبي فصار شيخاً، أو لا آكل من هذا الحمل فصار كبشاً[1]، وأمثال ذلك.

ومنهم من خرج هذه المسائل على اختلاف الإشارة والعبارة وستأتي مفردة إن شاء الله تعالى.

ومنها: المسألة المشهورة، إذا قال للحوامل: متى ولدت واحدة منكن فصواحبها طوالق، فولدن على التعاقب، وفيها وجهان:

أحدهما: قول ابن الحداد ورجحه الرافعي ـ إذا ولدت الأولى طَلَقَتْ كل واحدة من الثلاث طلقة، ولا يقع على الأولى شيء، فإذا ولدت الثانية، انقضت عدتها وبانت، ويقع على الأولى طلقة، وعلى كل واحدة من الأخيرتين طلقة إن بقيتا في العدة، فإذا ولدت الثالثة انقضت عدتها من طلقتين، ووقع على الأولى طلقة ثانية، وعلى الرابعة طلقة ثالثة إن بقيتا في العدة، فإذا ولدت الرابعة انقضت عدتها عن الطلقات الثلاث، ووقع على الأولى طلقة ثالثة إن بقيت في العدة.

والثاني: قاله ابن القاص وحكاه في الشامل عن جماعة منهم القاضي أبو الطيب – أن الأولى لا تطلق أصلاً، وتطلق بولادتها كل واحدة من الأخريات طلقة، وتنقضي عدتهن بولادتهن، لأن الثلاث وقت ولادة الأولى. صواحبها، إذ كلهن حينئذ زوجاته، فيطلقن طلقة طلقة، وإذا طلقن خرجن عن كون كل واحدة من الأربع صاحبةً للباقيات، فلا تؤثر بعد ذلك ولادتهن في حق الأولى ولا في حق بعضهن[2].

وقال القاضي الماوردي: الأصح عندي، أنه يراجع الزوج، فإذا أراد بقوله: صواحبها طوالق. الشرط، فالجواب ما قاله ابن القاص، وإن أراد التعريف، فالجواب ما قاله ابن الحداد، وإن أطلق أو مات ولم تعرف إرادته، حمل على التعريف، لأن الشروط عقود لا تثبت بالاحتمالات[3].

ووجه الرافعي قول ابن الحداد: بأنهن ما دمن في عدة الرجعية لا يخرجن عن كونهن زوجات له، وكون بعضهن صواحب البواقي.

---

(١) الروضة ١١/ ٦٠.
(٢) انظر هذه المسألة بوجهيها مع الأقوال التي وردت فيها في الروضة ٨/ ١٤٥.
(٣) الحاوي ١٣/ ٦٨.

وكذلك لو حلف بطلاق نسائه دخلت الرجعية فيه[1]، وهذا التوجيه ضعيف، لأن الثانية لما ولدت انقضت عدتها بولادتها فلم تكن الأولى ولا الباقيات صواحب لها، لبينونتها، وكذلك الكلام في اللتين من بعدها، وهو ظاهر.

ومنها: إذا نذر أن يصوم اليوم الذي يَقْدَمُ فيهِ فلان، فَقَدِمَ ذلك في أثناء النهار، ففيه خلاف[2]. خرجه بعضهم على هذه القاعدة من جهة أن لفظة القدوم هل هي للتعريف أو للشرط؟

ولا يتبين هذا التخريج، بل هي وأمثالها من تعليق الطلاق وغيره، تتخرج على قاعدة التقدير على خلاف التحقيق، وسيأتي ذلك إن شاء الله[3].

ومما يقرب من هذه القاعدة تردد اللفظ بين كونه شرطاً أو غيره فيجيء فيه خلاف كما لو قال: زوجتك على ما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، وفيه وجهان:

أحدهما: بطلان العقد لاشتراط الطلاق فيه.

وأصحهما: الصحة حملاً له على التذكير والوعظ.

وفصل الإمام بين أن يقصد هذا أو ذاك أو يطلق، فإن قصد أمراً ترتب عليه حكمه، وإن أطلق لم يبطل، حملاً له على التذكير لقرينة الحال، وهذا نحو ما تقدم عن الماوردي والله أعلم.

فائدة

الإنشاء: كلام نفسي عبر عنه لا باعتبار تعلق العلم والحسبان.

والإخبار: كلام نفسي عبر عنه باعتبار تعلقهما.

وبيان ذلك: أنه إذا قام بالنفس شيء وأراد التعبير عنه باعتبار تعلق العلم أو الحسبان. أخبر عنه فيقول: قام زيد أو ما قام زيد، وإذا قام بالنفس، طلب وقصد المتكلم التعبير عنه، لا باعتبار العلم والحسبان، قال افعلْ أو لا تفعلْ.

وكذلك إذا قام بالنفس، تعجب مثلاً، وقصد التعبير عنه قال: ما أحسنه! وغير

---

(١) الروضة ٨/ ١٤٥.

(٢) الروضة ٣/ ٣١٤.

(٣) ص(٤٣١).

ذلك من الصيغ الموضوعة للتعجب الإنشائي[1].

والخلاف الأصولي في أن صيغ العقود إنشاء أو إخبار؟ مشهور[2].

ويسندون القول بأنها إخبارات[3] إلى أبي حنيفة رحمه الله، والذي قطع به ابن الساعاتي[4] في البديع[5] ترجيح كونها إنشاءات[6]، وكذلك الإيقاعات أيضاً كالطلاق والعتاق. فهي مما تصرف فيها الشارع بنقلها من معنى الخبر إلى الإنشاء كما تقدم، وإذا كان كذلك فالمذهب المشهور أن الإقرار لا يقوم مقام الإنشاء، لأنه خبر محض يدخله

---

(١) ومثل أكرم به، ولله دره، وكفى به عالماً. شرح ابن عقيل ٢/ ٦٦٧ تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة بمصر ١٣٨٤هـ.

(٢) لا شك أن قوله: نذرت وبعت واشتريت، صيغ إخبار في اللغة، وقد تستعمل في الشرع أيضاً للإخبار، وإنما النزاع في أنها حيث تستعمل لاستحداث الأحكام إخبارات أم إنشاءات؟ والثاني هو الأقرب. مختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي لابن خطيب الدهشة هامش ٥ ص٥٠٩ نقلاً عن الحاصل ١/ ١٤٨، والمحصول ١/ ٢٣٤.

(٣) إلى قوله: (ويسندون القول بأنها إخبارات) ينتهي ما سقطت من ج. (وقد سبق أن أشرنا في ص(١٨١) هامش (٦) أن الساقط من قوله: (سرد القواعد الجزئية).

(٤) هو أحمد بن علي بن ثعلب مظفر الدين المعروف بابن الساعاتي البعلبكي الأصل والبغدادي المنشأ، وكان أبوه هو الذي عمل الساعات المشهورة على باب المنتصر ببغداد - واشتغل (المترجم له) بالعلم وبلغ رتبة الكمال وصار إمام عصره بالعلوم الشرعية وكان أصولياً، ومن تصانيفه: مجمع البحرين والبديع في أصول الفقه، توفي سنة ٦٩٤هـ.
الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص٢٦-٢٧، ومرآة الجنان ٤/ ٢٢٧.

(٥) هو كتاب بديع النظام الجامع بين كتابي البزدوي والإحكام للآمدي وهو مختصر لطيف أوله (الخير دأبك اللهم يا واجب الوجود.. إلخ) جمع فيه زبدة كلام الآمدي والبزدوي، قال قد منحتك أيها الطالب هذا الكلام البديع في معناه المطابق اسمه لمسماه لخصته من كتاب الإحكام ورصعته بالجواهر من أصول فخر الإسلام ولاشتراك ذلك الكتاب بين الأصوليين تصدى لشرحه جماعة من الحنفية والشافعية لأن الآمدي شافعي، منهم ابن أمير الحاج موسى بن محمد التبريزي الحنفي المتوفى سنة ٧٣٨هـ، والأصفهاني الشافعي المتوفى سنة ٧٤٩هـ. كشف الظنون ١/ ٢٣٥.

(٦) والحق أن مثل: بعت واشتريت وطلقت التي يقصد بها الوقوع إنشاء لأنها لا خارج لها ولا يقبل صدقاً ولا كذباً ولو كان خبراً لكان ماضياً، ولما قبل التعليق ولأنا نقطع بالفرق بينهما، ولهذا يسأل المطلق رجعياً عند قوله: طلقتك ثانياً. انظر كتاب البديع لابن الساعاتي مخطوط م/ رقم ٦ في دار الكتب المصرية نقلاً عن كتاب المختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي ٢/ ٥١٠ هامش ٤.

الصدق والكذب. ولا يدخلان الإنشاء، نعم يؤاخذ ظاهراً فيما أقر به ولا يقبل منه دعوى الكذب في ذلك.

وقد حكي وجه أنه إذا أقر بالطلاق، صار إنشاء[1] حتى تحرم عليه باطناً.

قال الإمام وهو منكر: فإن الإقرار والإنشاء يتنافيان، فذاك إخبار عن ماض وهذا إحداث في الحال، وذلك يدخله الصدق والكذب، وهذا بخلافه[2].

ولهذا نظائر:

منها: إذا اختلفا في الرجعة والعدة الباقية، فادعاها الزوج، فالقول قوله على الصحيح، وعلى هذا أطلق جماعة ـ منهم صاحب التهذيب ـ أن إقراره ودعواه يجعل الإقرار إنشاء، وحكاه عن القفال، وقال الشيخ أبو محمد من قال به يجعل الإقرار بالطلاق إنشاء[3]، ويجيء فيه اعتراض الإمام المذكور آنفاً.

ومنها: لو اختلفا بعد الخلع فقالت: سألتك أن تطلقني ثلاثاً بألف، فطلقتني واحدة. فلك ثلث الألف، وقال الزوج: بل طلقتك ثلاثاً، قال الشافعي رضي الله عنه فيما رواه الربيع عنه: إنه إن لم يطل الفصل ـ يعني بين لفظيهما ـ طَلَقَتْ ثلاثاً ولزمها الألف، وإن طال الفصل، ولم يمكن جعله جواباً، فهي طالق ثلاثاً بإقراره، ويتحالفان للعوض وعليها مهر المثل[4].

فمنهم من أخذ بظاهر هذا النص وجرى عليه، ومنهم من خالفه، وقال: يتحالفان مطلقاً - ومنهم البغوي - ومنهم من استشكله، لأنه إن كان الأمر كما يقول الزوج لم يمكن أن يجعل قوله - بل طلقتك ثلاثاً - ابتداءَ جوابٍ منه، لأنه قد سبق منه الجواب، وحصل الإسعاف، وإن كان الأمر كما تدعي هي فقد بانت منه بواحدة، فلا يقع ذلك شي، وأيضاً فالتحالف إنما ينبغي أن يقع إذا اختلفا في كيفية العقد، أو في حال العوضين[5]، وهنا هما متفقان على أن المسؤول ثلاث طلقات، وأن المبذول ألف، وإنما اختلفا فيما وقع.

---

(١) حكي هذا الوجه عن البغوي. الروضة ٨/ ٢٢٤.

(٢) الروضة ٨/ ٢٢٤.

(٣) الروضة ٨/ ٢٢٤.

(٤) الأم ٥/ ٢٢٢.

(٥) انظر الروضة ٧/ ٤٣٤.

وقال الإمام ينبغي أن يقال في حال[1] الاتصال، إن قال الزوج ما طلقتك من قبل، والآن أطلقك ثلاثاً على الألف تقع الثلاث، ويجب الألف لأن الوقت وقت الجواب، وإن قال طلقتك من قبل ثلاثاً، تعذر جعل هذا إنشاء[2]، فيحكم بوقوع الطلاق الثلاث بإقراره ولا يلزمها إلا ثلث الألف، وكذلك أيضاً في حال الانفصال ولا معنى للتحالف[3][4].

ومنها: إذا قال في حق الأمة، تزوجتها وأنا أجد طَول الحرة.

حكي عن نص الشافعي رحمه الله أنها تبين بطلقة، فلو تزوجها ثانية عادت إليه بطلقتين[5].

وقال الشيخ أبو حامد والعراقيون: هي فُرقة فسخ، لا تنقص عدد الطلاق.

وإليه ميل الإمام والغزالي، وهؤلاء أنكروا النص المتقدم، وقالوا نص في عيون المسائل[6] إنّ مولاها إنْ صدقه، فهو فسخ للنكاح فلا مهر، فإن أصاب فعليه مهر مثلها، وإن كذبه فسخ النكاح ولم يصدق على المهر، دخل أو لم يدخل.

قال الرافعي: ولك أن تبني المذهبين على ما إذا اختلفا في شرط يفسد العقد بعد الاتفاق على صورته، فإن صدق مدعي الفساد لم تجعل هذه الفرقة طلاقاً، وإلا جعلناها طلاقاً.

قال وهذا يقتضي جريان الخلاف في دعوى الرضاع إذا أنكرت المرأة.

واعترض بعض الأئمة على هذا كله بأنه إن كان صادقاً لم يجر عقد بالكلية، وإن كان كاذباً ولم[7] يحدث فرقة، فكيف يكون طلاقاً ولم يطلق؟

---

(١) ونقل النووي في الروضة حالة.

(٢) لأنها بانت قبله.

(٣) لأن التحالف عند الاختلاف في صفة العقد أو العوض وهما هنا متفقان على أن المسؤول ثلاث، وأن العوض ألف.

(٤) ذكرت هذه المسألة في الروضة ٧/ ٤٣٤ (مع الأقوال جميعاً فيها).

(٥) الأم ٥/ ٩.

(٦) عيون المسائل في نصوص الشافعي لأبي بكر أحمد بن حسين بن سهل الفارسي المتوفى سنة ٣٠٥هـ، وشرحه لتقي الدين بن دقيق العيد محمد بن علي الشافعي المتوفى سنة ٧٠٢هـ. كشف الظنون ٢/ ١١٨٨.

(٧) في جميع النسخ (فلم).

نعم في الظاهر يفرق بينهما ويعامل في الحرمة معاملة من لا عقد له.

وفي فتاوى[1] القفال: أنه لو ادعت امرأة على رجل أنه نكحها، وأنكر هو، فمن الأصحاب من قال: لا يحل لها أن تنكح زوجاً غيره، وهو الظاهر، ولا يجعل طلاقاً، بخلاف ما إذا قال: نكحتها وأنا واجد طول حرة، فإن هناك أقر بالنكاح وادعى ما يمنع صحته، وهاهنا لم يقرَّ أصلاً.

وقيل: بل يتلطف الحاكم به حتى يقول: إن كنت نكحتها فقد طلقتها، نقله الرافعي في فروع منثورة آخر التعليقات[2].

ولا يخلو الفرق المذكور عن نظر.

ومنها: لو اعترف الزوج بمفسد من إحرام، أو عدة، أو ردة، ونحو ذلك، وأنكرته المرأة، لم يقبل قوله عليها في المهر حتى يجب نصف المسمى إن كان قبل الدخول، وتمامه إن كان بعده، ويفرق بينهما بقوله.

قال أصحاب القفال: هو طلقة بائنة، حتى لو نكحها يوماً عادت إليه بطلقتين، قالوا: وهذا مأخوذ من نص الشافعي المتقدم ويجيء فيه ما تقدم من البحث.

ومنها: ما ذكره الإمام في أثناء كلام له فيما إذا اختلفا على ألف وأطلقاها، ثم اختلفا في نيتهما، فقال الزوج: نويت الدراهم، وصدقته، وقالت هي: نويت ألف فلس، وصدقها، أَنَّ الذي يجب القطع به أن الطلاق يقع ظاهراً، لأن النية إذا اختلفت لم تؤثر وصارت كالعدم، وصار هذا كإطلاق ألف بلا نية، فيكون خلعاً بمجهول فتقع البينونة، وأثر توافقهما على اختلاف المقصدين، أن الزوج لا يطالبها بمال، فإنه معترف بأنه لم يوجد منها التزام ما ألزمها به[3].

ثم قال: فإن قيل ما حكم الباطن في علم الله عز وجل لو فرض اختلاف النيتين؟ قلنا: قياس الأصل الذي تبنى عليه هذه التفاريع: أن النية مع الألف المطلقة بمثابة اللفظ الصريح يعني أنهما لو نويا نوعاً تعين، ولو قال: خالعتك على ألف درهم، فقالت: قبلت على ألف فلس، لم يقع شيء، فوجب هذا في الباطن أنه لا يقع شيء، قال: ولكن إذا قال أنت طالق، وزعم أنه نوى طلاقاً من وَثاق، فإن كان صادقاً لم يقع،

---

(١) ذكرت في كشف الظنون ٢/ ١٢٢٨ دون أي تعليق.

(٢) انظر هذه المسألة في الروضة ١٢/ ١٥-١٦، وكذلك ٧/ ٢٤٠.

(٣) الروضة ٧/ ٤٣٢-٤٣٣.

لكنه يعلم نية نفسه فهو باطن يمكن الاطلاع عليه، وتخالفهما هذا في النيتين لا يطلع عليه واحد منهما، فليس من البواطن الملحقة بأبواب التدين، بل هو بمثابة ما لو قال زيد: إن كان هذا الطائر غراباً فامرأتي طالق، وقال عمرو: وإن لم يكن غراباً فامرأتي طالق، فلا يحكم بوقوع الطلاق على واحد منهما[1]، إذا تحقق اليأس عن دَرَكِ الحقيقة، وما يقدر معلقاً بعلم الله تعالى، غيب لا يقع به حكم لا في الظاهر ولا في الباطن، هذا حاصل كلام الإمام، وتبعه الغزالي على ذلك في البسيط وأشار إليه في الوسيط.

وقد خالف القفال، والقاضي حسين، والبغوي، فقالوا: لا يقع باطناً في مسألة الخلع[2]. والله أعلم.

قاعدة

الذي استقر عليه مذهب أهل السنة وجمهور العلماء واشتهر من قواعد أصول الفقه، أن **الأحكام إنما تتلقى من الشرع، وأنَّ العقل لا يُحَسِّنُ ولا يُقَبِّحُ**[3] بالنسبة إلى ترتيب

---

(١) الروضة ٨/ ١٠٠.

(٢) الروضة ٧/ ٤٣٣.

(٣) الحسن والقبح يطلق على ثلاثة معان:

١- كون الشيء ملائماً للطبع كالفرح، ومنافراً له كالحزن، وهذا يدرك بالعقل اتفاقاً.

٢- كون الشيء صفة كمال كالعلم، وصفة نقصان كالجهل، وهذا يدرك بالعقل اتفاقاً.

٣- كون الشيء معلقاً بالمدح والذم كالعبادات والمعاصي، وهذا قد اختلف فيه على مذاهب:

* الأشعرية: قالوا لا يدركه العقل، بل يعرف بالشرع.

* المعتزلة: قالوا من الأعمال ما يحكم العقل بحسنها وقبحها وإن لم يرد في الشرع كالإيمان والظلم، ومنها ما لا يدركها وتعرف بالشرع كصيام آخر يوم من شعبان وأول يوم من شوال، فالعقل حاكم والشرع كاشف لحكم العقل فقط.

* الحنفية: قالوا العقل يدرك الحسن والقبح في بعضها ولا يدرك في البعض الآخر كالمعتزلة إلا أن الفرق هو أن المعتزلة جعلوا العقل حاكماً قبل الشرع وبعده، والحنفية اعتبروه مدركاً فقط والحاكم هو الله تعالى، ولكن هل العقل يكون دالاً على حكم الله فيما يدرك حسنه وقبحه قبل ورود الشرع أم لا؟

* البخاريون: قالوا: لا، إلا بعد ورود الشرع.

* وآخرون - منهم الماتريديون - قالوا إنه يكون دليلاً على حكم الله تعالى كوجوب الإيمان وحرمة الزنا.

محصل أفكار المتقدمين والمتأخرين مع حاشية الطوسي ص٢٠٢ نقلاً عن ميزان الأصول ١/ ١٥١ هامش ٢١٦، والوسيط في أصول الحنفية للدكتور الشيخ أحمد فهمي أبي سنة ص١٨٦. =

الأحكام على ذلك، وما يوجد في بعض المواضع من كلام الماوردي وغيره في يسير من المسائل الأمهات، أَنَّ وجوبها أو العمل بها هل هو مستفاد من الشرع أو العقل؟ فيه وجهان: يعني لأصحابنا لا تعويل عليه لأنها نزعة اعتزالية[1] جنح إليها في هذه المسألة بخصوصها أفراد يسيرون.

بل الأحكام إنما هي من جهة الشرع، وليس فيها شيء عقلي، وقد أطلق الشافعي رحمه الله أن النَّجْشَ حرام، وهو أن يزيد في الثمن ليغر غيره فيشتريه.

وقال في البيع على بيع أخيه هو حرام على من علم الخبر[2] الوارد في النهي عنه[3].

فقال بعض الأصحاب: إنما قيد الشافعي ذلك في البيع على بيع الغرر، وأطلق في النجش بأن النجش خداع، وحرمته معروفة بالعقل، بخلاف البيع على بيع الغير[4]، وهذا غير صحيح، لما تقرر في الأصول، وهو أيضاً من جنس ما تقدم عن الماوردي.

وأيضاً، فالبيع على بيع الغير إضرار للغير، وهو بالنسبة إلى تقبيح العقل له كالخداع، فلا فرق، ويمكن أن يفرق بين الموضعين، بأن البيع على بيع الغير، قد يظن كثير من الناس أنه مندرج في صور البيع ممن يزيد فلا يفرق بين الركون وعدمه، وربما يتوهم أن ذلك من جملة النصيحة لذلك قيده الشافعي رحمه الله بالعلم بالخبر، بخلاف النجش، ومع احتمال هذا الفرق، لا ينبغي أن يقال بالتقبيح العقلي، وتنقض القاعدة

---

(١) نسبةً إلى المعتزلة، والمعتزلة هم أتباع واصل بن عطاء الذي خالف أستاذه الحسن البصري في بعض المسائل واتخذ مجلساً خاصاً فقال الحسن: اعتزل مجلسنا، فسموا بالمعتزلة. الملل والنحل للشهرستاني مطبوع بهامش الفصل في الملل والأهواء والنحل لابن حزم ص٥٤ دار الندوة الجديدة - بيروت الطبعة الأولى - المطبعة الأدبية بمصر ١٣١٧هـ، والمعتزلة ص٢ لزهدي حسن جار الله - مطبعة مصر - القاهرة ١٣٩٦هـ - ١٩٤٧م.

(٢) الخبر الوارد في ذلك هو ما ورد في صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٤/ ٣٥٣: عن أبي هريرة رضي الله عنه: (نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد، ولا تناجشوا، ولا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في إنائها). وأخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي ١٠/ ١٥٨- ١٥٩، والترمذي ٣/ ٤٤٠ رقم الحديث ١١٣٤.

(٣) الذي رأيته في الأم ٣/ ٩١-٩٢ أن الشافعي رحمه الله تعالى قيد الحالتين بالعلم بالخبر الوارد، فقال في النجش: «فهو عاص بالنجش إن كان عالماً بنهي النبي ﷺ»، وقال في بيع الرجل على بيع أخيه: «فإذا باع رجل رجلاً على بيع أخيه في هذه الحال فقد عصى إذا كان عالماً بالحديث» ولعل المؤلف رأى ذلك التقييد في غير الأم.

(٤) من قوله: [وأطلق في النجش. . على بيع الغير] سقطت من ب.

الكلية المشهورة، مع ما ترتب على ذلك من الأصول المهمة في أصول الدين وأصول الفقه وفي الفقه أيضاً.

ومن فروع هذه المسألة، حكم الأشياء قبل البعثة[1] وفيها ثلاثة أوجه لأصحابنا:

أحدها: أنها على الإباحة، وهو قول الأستاذ أبي إسحاق، والقاضي أبي حامد المروزي[2]، وغيرهما.

والثاني: أنها على الحظر، وهو قول أبي هريرة، وغيره.

والثالث: الوقف، وهو اختيار أبي بكر الصيرفي، وأبي علي الطبري، والإمام والغزالي[3]، وآخرين[4].

ثم الوقف تارة يفسر بأنه لا حكم فيها، واعترض عليه، بأنه جزم بعدم الحكم، وتارة يفسر بأنا لا ندري أهناك حكم أم لا؟ وإن كان فلا ندري أهو إباحة أم حظر؟

وهذه الأوجه الثلاثة، أقوال للمعتزلة[5] أيضاً، لكن الفرق بين أصحابنا وبينهم من وجهين:

أحدهما: أنهم خصوا هذه الأقوال بما لا يقضي العقل فيه بحسن ولا قبح[6]، وأما ما ظهر فيه ذلك، فهو منقسم عندهم إلى الأحكام الخمسة[7]، بحسب ترجيح الحسن والقبح وتعادلهما، ولهذا نسبهم أصحابنا إلى التناقض في قول من يرجح الإباحة أو الحظر، لأن ذلك عندهم مستند إلى دليل العقل، وفرض المسألة فيما لم يظهر للعقل حسنه ولا قبحه.

---

(١) أي قبل بعثة الرسول محمد ﷺ.

(٢) هو: القاضي أحمد بن بشر عامر المروزي، نزل البصرة، وأخذ عن فقهائها، وكان إماماً لا يشق غباره، شرح مختصر المزني، وصنف كتاب الجامع في المذهب، مات سنة ٣٦٣هـ. طبقات الأسنوي ٢/ ٢٧٧، وشذرات الذهب ٣/ ٤٠.

(٣) انظر هذه الأقوال ونسبتها في المحصول ١/ق١/ ٢١٠، والبرهان ١/ ١٠٠، والمستصفى ١/ ٦٣، والمنخول ص١٩.

(٤) كأبي الحسن الأشعري. الحاصل ١/ ٤٨ نقلاً عن مختصر قواعد العلائي وكلام الأسنوي ٢/ ٥٩٠ هامش ٤.

(٥) المستصفى ١/ ٦٣.

(٦) كصيام آخر يوم من شعبان، وصيام أول يوم من شوال.

(٧) وهي الواجب والمندوب والحرام والمكروه والمباح.

وأما أصحابنا، فأقوالهم في جميع الأفعال.

والثاني: أن معتمد أصحابنا الأدلة الشرعية.

واحتج من قال بالإباحة بقوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]، وقوله: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾ [الأعراف: ٣٢].

واستدل القائلون بالتحريم بقوله تعالى في وصف نبينا ﷺ: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ﴾ [الأعراف: ١٥٧]، وقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ﴾[١]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ﴾ [الحشر: ٧]. والقائلون بالوقف تعارضت عندهم الأدلة فلم يترجح واحد منها.

وأما المعتزلة، فمستندهم دليل العقل كما تقدم، ولا يتخرج على هذه المسألة شيء من الفروع الفقهية فيما علمت.

وأما بعد البعثة، فالذي استقر عند أصحابنا وجمهور أهل العلم، أن الأصل في المنافع الإباحة، وفي المضار التحريم، بالأدلة الشرعية الدالة على ذلك، مما تقدم من الآيات وغيرها. وقوله ﷺ: (إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، وحد حدوداً فلا تعتدوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة لكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها) وهو حديث حسن رواه الدارقطني[٢] وغيره[٣]، وفي بعض طرقه: (الحلال ما أحل الله، والحرام ما حرم الله، وما سكت الله عنه فهو مما عفا عنه) رواه الترمذي[٤]

---

(١) سورة المائدة: وتتمة الآية: ﴿قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ﴾.

(٢) سنن الدارقطني ٤/ ١٨٤.

(٣) كالحاكم في المستدرك ٤/ ١١٥، وهذا الحديث من رواية مكحول عن أبي ثعلبة الخشني وبه علتان:
إحداهما: أن مكحولاً لم يصح له السماع عن أبي ثعلبة، كذلك قال أبو شهر الدمشقي وأبو نعيم الحافظ وغيرهما.
والثانية: أنه اختلف في رفعه ووقفه على أبي ثعلبة وقد روي معنى الحديث مرفوعاً من وجوه أخر أخرجه البزار في مسنده والحاكم من حديث أبي الدرداء رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (ما أحل الله في كتابه فهو حلال وما حرم الله فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن لينسى شيئاً)، ثم تلا هذه الآية: ﴿وما كان ربك نسيا﴾. قال الحاكم صحيح الإسناد وقال البزار إسناده صالح. جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً ص٢٤٢.

(٤) سنن الترمذي ٤/ ١٩٢ عن سلمان رضي الله عنه. قال أبو عيسى: وفي الباب عن المغيرة، وهذا=

وابن ماجه[1]، فعلى هذا يتخرَّجُ كثير من المسائل والقواعد.

منها: في الأطعمة: أن الأصل في الحيوانات الإباحة، إلا ما دل دليل خاص على خلاف ذلك، فلو وجد حيوان لم ينص الشرع على تحليل ولا تحريم، ولا أمر بقتله، ولا نهى عن قتله، ولا نص على نجاسته، ولا هو في معنى المنصوص عليه بتحريم أو تنجيس، ولا خالطته نجاسة، ولم تجر للعرب[2] عادة باستطابته ولا باستخباثه، ولا أشبه شيئاً منها، ففيه وجهان مشهوران، وأصحهما: الحل، عملاً بهذه القاعدة. قال الإمام: وإليه ميل الشافعي[3].

ومن قال بالتحريم: فمأخذه أن الأصل في الأشياء قبل ورود الشرع، التحريم، فيستصحب ذلك بعده، وهو ضعيف.

ومن القواعد المترتبة عليه أيضاً، القول بالبراءة الأصلية، واستصحاب حكم النفي، في كل دليل مشكوك فيه، حتى يدل دليل على الوجوب، كما في تعميم مسح الرأس في الوضوء. والفرق بين البراءة الأصلية والاستصحاب المتقدم في القاعدة الأولى: أن البراءة تكون في العدم الأصلي، والاستصحاب يكون في الطارىء ثبوتاً كان أو عدماً. والله أعلم.

فائدة

الخلاف الأصولي في تسمية الكلام في الأزل خطاباً يضاهيه من الفقه معاقدة المتبايعين بالكتابة وبغير التخاطب وفيه صور:

منها: وقوع الطلاق بالكتابة مع النية من غير أن يتلفظ به، وفيه خلاف[4]،

= حديث غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، وروى سفيان وغيره عن سليمان التيمي عن أبي عثمان قوله وكان الحديث الموقوف أصح، وسألت البخاري عن هذا الحديث فقال: ما أراه محفوظاً، روى سفيان عن سليمان التيمي موقوفاً، قال البخاري وسيف بن هارون مقارب الحديث وسيف بن محمد عاصم ذاهب الحديث.

(١) سنن ابن ماجه ٢/ ١١١٧ رقم الحديث ٣٣٦٧.

(٢) المراد بالعرب هنا سكان البلاد والقرى دون أجلاف البوادي الذين يتناولون ما دب ودرج من غير تمييز، وتعتبر عادة أهل اليسار والثروة دون المحتاجين، وتعتبر حالة الخصب والرفاهية دون الجدب والشدة. الروضة ٣/ ٢٧٦.

(٣) الروضة ٣/ ٢٧٦.

(٤) إذا كتب القادر على التلفظ بطلاق زوجته، نظر، إن قرأ ما كتبه، وتلفظ به، طلقت، وإن لم يتلفظ نظر، إن لم ينو إيقاع الطلاق، لم تطلق على الصحيح، وقيل تطلق، وليس بشيء. =

والأصح وقوعه:

ومنها: البيع بذلك مع الغَيبة، وهو مبني على مسألة الطلاق، إن قلنا: لا يقع فها هنا أولى أن لا يصح، وإن قلنا بالصحة هناك، ففي البيع وجهان[1]، صحح في المهذب المنع[2]، وصحح الغزالي في الفتاوي والرافعي في كتاب الطلاق[3] والنووي أنه يصح[4].

وعلى هذا فشرطه أن يقبل المكتوب إليه حالة اطلاعه على الكتاب على الأصح.

وفيه وجه أنه لا يشترط الفور، بل يكفي التواصل اللائق بين الكتابين[5].

أما إذا تبايع الحاضران بالمكاتبة، فهو مبني على المكاتبة مع الغيبة، إن قلنا هناك لا يصح فهنا أولى، وإن صححنا هناك فوجهان[6] ولم يصححوا منهما شيئاً، وينبغي أن يكون الراجح المنع، لأن ذلك جوز حالة الغيبة للضرورة، ولا ضرورة هنا.

ومن صحح اعتبر ما يدل على الرضى كما في المعاطاة، ولكن يقال جوزت المعاطاة لاعتياد الناس ذلك، ولم تجر العادة بالكتابة مع الحضور.

أما عقد النكاح بالكتابة، ففيه خلاف مرتب على البيع، والمذهب أنه لا يصح، لأن الإشهاد شرط فيه، والكتابة كناية لا بد معها من النية، ولا اطلاع للشهود على النية، ولو قالا بعد الكتابة: نوينا، كان ذلك شهادة على الإقرار، لا على نفس العقد، والشهادة شرط في الانعقاد[7].

ومنها: إذا كتب إليه: وكلتك في كذا من بيع أو إعتاق، ونحو ذلك، فهو مبني على

= وإن نوى ففيه ثلاثة أقوال:
أظهرها: تطلق مطلقاً.
والثاني: لا.
والثالث: تطلق إن كانت غائبة عن المجلس، وإلا فلا، وهذا الخلاف يجري في جميع التصرفات التي لا تفتقر إلى قبول كالإعتاق والإبراء. الروضة ٨/ ٤٠.

(١) للخلاف في انعقاد البيع بالكتابة، ولأن القبول فيهما شرط فيتأخر عن الإيجاب.
(٢) المهذب ١/ ٢٥٧.
(٣) المجموع ٩/ ١٦٧.
(٤) الروضة ٨/ ٤١.
(٥) الروضة ٨/ ٤١، والمجموع ٩/ ١٦٧.
(٦) المجموع ٩/ ١٦٧.
(٧) الروضة ٨/ ٤١.

البيع، إن شرطنا القبول في الوكالة، فهنا أولى بالصحة، وإنْ لم تفتقر الوكالة إلى القبول، فيصح قطعاً.

ومنها: إذا قال: بعت داري من فلان بكذا، فلما بلغه قال: اشتريت.

قال النووي[1]: خرجه بعض الأصحاب على انعقاد البيع بالمكاتبة، لأن النطق أقوى من الكتب.

ومنها: إذا قال المتوسط بين المتبايعين للبائع: بعت هذا من فلان بكذا، فقال: نعم أو بعت، وقال للمشتري: اشتريت منه بكذا، فقال: نعم أو اشتريت فوجهان:

أحدهما: لا ينعقد، لعدم تخاطبهما، وبه قطع المتولي.

والثاني: أنه يصح، لوجود الصيغة والتراضي، وصححه البغوي والرافعي وغيرهما[2].

ومنها: إذا قال: أقلني: فقال: تصح الإقالة مع غيبة المستقيل.

ومنها: إذا قال: بعني، فقال: قد باعك الله، أو قال: بارك الله لك فيه، أو قال: أقلني، فقال: قد أقالك الله، فذلك كناية، إن نواهما صحا، وإلا فلا، ويكون التقدير قد أقالك الله، لأني أقلت، ونحو ذلك[3].

وأما النكاح، فلا ينعقد بمثله كما تقدم.

وذكر الشيخ صدر الدين رحمه الله في هذه المسائل ما إذا أوصى لعبد أجنبي، أو وهب منه من جهة، أن ذلك يدخل في ملك سيده، وهو الذي يقبل، وليس هذا من هذه المادة.

فائدة

الواجب ما يذم تاركه شرعاً[4]، وقد يسمى غير ذلك فرضاً، كبعض أفعال الصبي بمعنى أنه لا بد منه ولا يصح تعاطيه العبادة إلا به. وإن كان لا يذم على أصل الترك.

واختلفوا هل يلحق بالأول في صور:

---

(١) الروضة ٣/ ٣٣٩.

(٢) المجموع ٩/ ١٧٠.

(٣) المجموع ٩/ ١٦٧.

(٤) الإحكام للآمدي ١/ ١٣٨، ونهاية السول ١/ ٧٣.

منها: أن ما استعمله في الطهارة من الماء، هل هو مستعمل؟

المذهب: نعم[1]، قطع به البغوي وحكى القاضي حسين وجهاً أنه ليس بمستعمل، لأنه لم يؤد به فرضاً[2].

ومنها: أنه لا يجمع بين مكتوبتين بتيمم واحد على المذهب الصحيح، وفيه أيضاً وجه شاذ، أنه يجوز له ذلك.

ومنها: إذا صلى في أول الوقت، وبلغ في آخره، فالصحيح: أنه لا تجب عليه الإعادة، بل تستحب، وقيل: تجب.

وقال الاصطخري: إن بقي من الوقت ما يسع تلك الصلاة بعد بلوغه، وجبت، وإلا فلا. أما إذا صلى الظهر يوم الجمعة، ثم بلغ وأمكنه إدراك الجمعة، فإن قلنا: تجب في غيرها الإعادة، فهنا أولى، لاختلاف صفة الصلاة، وإن قلنا: لا تجب، فهنا وجهان:

قال ابن الحداد: تجب.

وقال الجمهور: لا، كالمسافر والعبد إذا صليا الظهر ثم أدركا الجمعة بعد إقامة المسافر وعتق العبد، فإنه لا تلزمهما الجمعة بلا خلاف[3].

ومنها: أنه لا تجب عليه إعادة غسل اغتسله، أو وضوء فعله قبل البلوغ، بل له أن يصلي بهما بعد البلوغ ما لم يطرأ عليهما قاطع، هذا هو المذهب المشهور. وتشبث بعضهم بحكاية وجه في ذلك.

فصل

الواجب[4] ينقسم: بحسب فاعله، إلى واجب على العين، وواجب على الكفاية:

وبحسب ذاته، إلى واجب معين، وواجب مخير، كخصال الكفارة.

وبحسب وقته، إلى واجب مضيق، وواجب موسع.

---

(١) الروضة ١/ ٧.

(٢) المجموع ١/ ١٥٨.

(٣) المجموع ٣/ ١٢.

(٤) الواجب: ما طلب الشارع فعله على وجه الحتم والإلزام، أو عبارة عن خطاب الشارع بما ينتهض تركه سبباً للذم شرعاً في حالة ما. الإحكام للآمدي ١/ ١٣٨، ومسلم الثبوت ١/ ٥٧، والتقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٢/ ٨٠ طبعة بولاق ١٣١٦هـ، ونهاية السول ١/ ٧٣.

ويحسب فعله في وقته، أو بعد ذلك، إلى أداء، وقضاء.

وفي كل هذه الأقسام مسائل تتخرج عليها.

أما الأول: ففرض الكفاية لا يباين فرض العين بالجنس[1] خلافاً للمعتزلة[2]، بل يباينه بالنوع[3]، لأن كلاً منهما لا بد من وقوعه، غير أن الأول شمل جميع المكلفين، والثاني كذلك، بدليل تأثيم الجميع عند الترك، لكنه سقط بفعل البعض، لأن المقصود بالواجب على الكفاية تحصيل تلك المصالح المقصودة، كإنقاذ الغريق، وتغسيل الميت، وتكفينه، وأشباه ذلك، فلا تتكرر المصلحة بتكرره، بخلاف فرض العين، فإن المقصود به تعبد جميع المكلفين به فلا يسقط عن بعضهم بفعل غيره، لبقاء المصلحة المشروعة لها، وهو تعبد كل فرد فرد.

وقد قال الشيخ أبو محمد، وولده إمام الحرمين: إن الإتيان بفرض الكفاية، أفضل من القيام بفرض العين، من جهة أنه يسقط بفعله الحرج عن الباقين.

---

(١) الجنس: هو كلي صادق على كثيرين مختلفين بالحقيقة واقع في جواب (ما هو؟)، وذلك كالحيوان بالنسبة إلى الإنسان، والفرس، والجمل، وكالمعدن بالنسبة إلى الذهب، والفضة، والنحاس، والرصاص.
العلم في معيار المنطق للغزالي ص٦٨ تحقيق محمد مصطفى أبو العلا، وعلم المنطق د. محمد رمضان ص٢٧.

(٢) يرى المعتزلة أن فرض الكفاية يباين فرض العين من حيث الوجوب على الجميع، وحجتهم أن الواجب العيني لا يسقط إلا بالأداء بخلاف واجب الكفاية، فقد يسقط قبل الأداء، وقالوا: إن الواجب العيني لا يسقط بفعل الغير، بينما واجب الكفاية يسقط، لذلك فهو يجب على طائفة غير معينة.
وقد رد الأصوليون حجتهم: بأن الواجب قد يسقط قبل الأداء لزوال علته، فإن الله تعالى أوجب صلاة الجنازة احتراماً للميت، فإذا قام بذلك قوم زالت العلة، وسقط الواجب لزوال علته.
أما قولهم: لو وجب على الجميع لما سقط بفعل البعض، فأجيب عنه: بأنه لا مانع من سقوطه بفعل البعض إذا حصل به الفرض، كما يسقط ما في ذمة زيد بأداء عمرو عنه، لذلك قال الجمهور: بأنه واجب على الجميع بدليل الاتفاق على أنهم لو تركوه يأثمون جميعاً، وهذا معنى الوجوب.
الإحكام للآمدي ١/ ١٤٢، ومنتهى الوصول ١/ ٢٣٤، ومختصر قواعد العلائي وكلام الأسنوي ١/ ١٣٩.

(٣) النوع: هو كلي صادق على كثيرين متفقين في الحقيقة في جواب ما هو؟ كإنسان وذهب وفضة.
العلم في معيار المنطق ص٦٨، وعلم المنطق د. محمد رمضان ص٣٠.

ووجهه الإمام أيضاً، بأن صلاة الجمعة تسقط في حق من له قريب يمرضه، ويندفع بحضوره ضرره، وإن كان هناك غيره من الأقارب، فمن قام بذلك سقط عنه فرض الجمعة فأسقط الواجب عيناً بالاشتغال بفرض الكفاية[١].

ولما كان فرض الكفاية لا يباين فرض العين بالجنس، ويشبه النفل من جهة أنه يسقط عن البعض بفعل الباقين، اختلف في مسائل منه، هل تلحق بفرض العين، أو بالنفل؟

منها: أنه لا يجمع بين فرضين من فروض الأعيان بتيمم واحد، ويجوز ذلك بين نافلتين وبين فرض ونفل[٢]، وهل يجمع بين فرضين على الكفاية، كصلاتين على الجنازة، أو بينها وبين صلاة مكتوبة.

إن تعينت عليه صلاة الجنازة لم يجز ذلك، لأن حكمها حينئذ حكم الفرض على العين من أصله[٣].

وإن لم تتعين، فقد نص الشافعي رحمه الله على أنه يجوز ذلك[٤]، ونص على أنها لا تصح على الراحلة، ولا قاعداً مع القدرة على القيام[٥].

واختلف الأصحاب على طرق:

أحدها: إثبات قولين[٦] في المسألتين.

والثاني: تنزيلهما على حالين، فحيث تعينت كانت كالفرائض في التيمم والقيام، وحيث لم تتعين تكون كالنوافل.

والثالث: وهو الأصح، تقرير النصين، والفرق أن القيام معظم أركانها فلم يجز تركه

---

(١) الروضة ٢/ ٣٦.

(٢) المجموع ٢/ ٢٩٩.

(٣) توحي عبارة المصنف بعدم وجود خلاف فيما إذا تعينت صلاة الجنازة مع أن في المسألة وجهين:
الأصح: أنها كالنوافل.
والثاني: كالفريضة، فلا يجمع بينها وبين المكتوبة، ولا بين صلاتي جنازة.
المجموع ٢/ ٣٠٠، ومغني المحتاج ١/ ١٠٣.

(٤) الأم ١/ ٦٤.

(٥) الأم ١/ ٣٩، وإنما تعين القيام فيها مع القدرة لأن القيام قوامها لعدم الركوع والسجود فيها، فتركه يمحق صورتها. مغني المحتاج ١/ ١٠٤.

(٦) الأول: تلحق بالفرائض في التيمم والقيام.
والثاني: تلحق بالنوافل فيهما. المجموع ٢/ ٣٠٠.

مع القدرة، بخلاف الجمع بينها وبين غيرها بالتيمم، وهذه طريقة الخراسانيين.

وأما العراقيون فقالوا: إذا لم تتعين يجوز الجمع بينها وبين غيرها بالتيمم الواحد، وإن تعينت فوجهان:

أصحهما: الجواز مطلقاً، وأما القيام، فلا يجوز مطلقاً سواء تعينت أم لم تتعين[1].

ومنها: أن فرض العين يلزم بالشروع فيه، حتى قال بعض أصحابنا: إنه إذا تحرم بالصلاة والوقت متسع ثم أفسدها عمداً؛ فإنها تكون قضاء بعد ذلك وإن صلاها في الوقت، لأنها لزمت بالشروع فيها فتضيق وقتها[2]، والنوافل لا تلزم بالشروع[3] إلا في الحج والعمرة.

وفرض الكفاية هل يلزم بالشروع؟ ذكروا فيه صوراً:

إحداها: القتال، لا يجوز له الانصراف جزماً لما في ذلك من التخذيل، وكسر قلوب الباقين، ويؤدي إلى انهزامهم، وهو مفسدة كبيرة[4].

---

(١) المجموع ٢/ ٣٠٠.

(٢) وممن قال بذلك القاضي حسين، والمتولي، والروياني وسببه أن وقت الإحرام بها قد فات، والدليل عليه أنه لوأراد الخروج منها لم يجز، وخالفهم الشيرازي في اللمع وقال: وإن شرع فيها في الوقت ثم أفسدها وأعادها سمي ذلك الفعل أداء إعادة، وقياس الأول، أن ذلك لو وقع في الجمعة لامتنع استئنافها، لأن الجمعة لا تقضى، وأنه لو وقع في الصلاة المقصورة لامتنع قصرها، وقد ضعف البلقيني رأي القاضي حسين ومن تبعه.

شرح اللمع للشيرازي ١/ ٢٥٣، والتمهيد ص١٠، ومختصر قواعد العلائي وكلام الأسنوي ١/ ١٤٦، والأشباه والنظائر ص٦٢٥.

(٣) خلافاً للمعتزلة والحنفية فقد قالوا: إن الطاعات تلزم بالشروع سواء كانت فرضاً أم نفلاً، وحجتهم في ذلك، أن سبب وجوب العبادات كون العبد مخلوقاً لله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ۝٥٦﴾ [الذاريات] أي ليوحدوني ويأتوا بالعبادات، والفعل يوجب استيعاب الأزمان كلها بفنون الطاعات وصنوف العبادات، إلا ما خص بذلك، غير أن الشارع رحم عباده، وعين لبعض العبادات أوقاتاً معينة، كالصلاة المعهودة، والزكاة، والحج، وفوض تعيين ما عداها إلى العباد تفضلاً، إذ لو عين الأوقات كلها للعبادات الواجبة لتقاعد الناس عن معاشهم، فإذا عين العبد وقتاً للعبادة، إما بالنذر، أو بالشروع عمل الدليل الموجب عمله، إذ ذلك يدل على فراغه لهذه العبادة فيلزم عليه إتمامها، ويتعين عليه القضاء إن أفسدها. تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص٥٨.

(٤) وذلك لأن الجهاد يصير متعيناً بالشروع فيه. الروضة ١٠/ ٢١٣، وحلية العلماء ٧/ ٦٢٥.

وثانيها: المشتغل بالعلم إن أنس من نفسه النجابة، هل يحرم عليه الترك؟ فيه وجهان: أصحهما: لا يحرم[١].

واختار القاضي حسين لزوم ذلك، وأنه يحرم عليه الترك عمداً[٢].

وثالثها: صلاة الجنازة، وفي لزومها بالشروع فيها، وجهان:

أصحهما: وبه قال الأكثرون - لزوم ذلك، لأنها في حكم خصلة واحدة وفي الإعراض أيضاً هتك لحرمة الميت[٣].

ومقتضى كلام الغزالي، والرافعي: أن الأصح فيما سوى القتال وصلاة الجنازة من فروض الكفايات أنها لا تتعين بالشروع[٤]، وينبغي أن يلحق بها غسل الميت وتجهيزه بالنسبة إلى أقاربه، فقد ذكروا وجهين في أن الجميع إذا تركوا ذلك هل إثمهم على السواء، أو إثم أقاربه أكثر وأعظم؟ وعلى هذا فيتعين على أقاربه بالشروع[٥] والله أعلم.

ومنها: الانصراف من الحرب الواجب على الكفاية إذا بلغه رجوع من يتوقف غزوه على إذنه كالوالدين وصاحب الدين، وفيه ثلاثة أوجه:

أصحها: تجب المصابرة ولا يجوز الرجوع.

والثاني: يجب الانصراف.

---

(١) لأن الشروع لا يغير حكم المشروع فيه، بخلاف الجهاد فإن الرجوع يؤدي إلى التخذيل. الروضة ٢١٣/١٠.

(٢) الروضة ١٠/ ٢١٣.

(٣) والوجه الآخر لا يلزم إتمامها، وينسب إلى القفال. الروضة ١٠/ ٢١٤.

(٤) نقل النووي عكس ما صرح به المصنف عن الغزالي فقال: قال الغزالي: الأصح أن العلم وسائر فروض الكفاية تتعين بالشروع. الروضة ١٠/ ٢١٤.

(٥) خلاصة القول في لزوم فرض الكفاية بالشروع أم لا؟ أن في ذلك أربعة آراء:
الأول: يلزم بالشروع مطلقاً. قال السيوطي: رجح في المطلب.
الثاني: لا يلزم بالشروع مطلقاً رجحه البازي في التمييز.
الثالث: لا يلزم باستثناء حالات منها: الجهاد وصلاة الجنازة وغسل الميت وتجهيزه بالنسبة لأقاربه.
الرابع: عدم ترجيح أحدها لاختلاف الترجيح في فروعها.
الروضة: ١٠/ ٢١٤، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٩.

والثالث: يتخير بينهما. واختاره القاضي حسين[1].

ومنها: من ترك فرض عين أجبر عليه، ومن ترك نفلاً لم يجبر عليه.

وفي فرض الكفاية خلاف جار في ولاية القضاء، وكفالة اللقيط، ونحو ذلك، والأصح انه لا يجبر[2].

وصور الرافعي المسألة فيما إذا تعين عليه لفقد غيره هناك، وقال يجب عليه القبول، فإن امتنع عصى، وهل يجبره الإمام عليه؟ قيل: لا يجبر، والأكثرون حكموا بالإجبار كما يجبر على القيام بسائر فروض الكفايات عند التعين.

قال: وربما تردد الناظر في الإجبار من جهة أن الامتناع عن هذا الفرض الذي هو مناط المصالح العامة يشبه أن يكون من الكبائر فيفسق ويخرج من أهلية القضاء لفوات العدالة[3]، ويشبه أنا نأمره بالتوبة أولاً، فإذا تاب ولي[4]، وهذا غير الخلاف المتقدم في الإجبار عند عدم التعيين.

وصورة ذلك الأول: أن يعين الإمام واحداً من أهل فرض الكفاية للقضاء مع وجود غيره في البلد، فهل يتعين بذلك ويجبره عليه أم لا؟ ومثله المفتي والشاهد والولي غير المجبر إذا عينته المرأة للنكاح أو عين المشهود له بعض الشهود للأداء.

والأصح في الولي والشاهد أنه يجب عليهما عند التعين لهما[5]، بخلاف القاضي لخطر القضاء، فإذا كان هناك غيره فقد يقوم به عنه.

---

(١) الروضة ١٠/ ٢١٢ وزاد النووي عليها وجهاً رابعاً وهو «يجب الانصراف إن رجع صاحب الدين دون الوالدين لعظم شأن الدين».
وهذه الأوجه الأربعة فيمن شرع في القتال، أما إذا لم يشرع في القتال ولم يحضر الوقعة ففيه وجهان: المشهور منهما أنه يلزمه الإنصراف إلا أن يخاف على نفسه أو ماله أو يخاف انكسار قلوب المسلمين. المهذب ٢/ ٢٢٩.

(٢) أدب القضاء ١/ ٢٨٨.

(٣) قال النووي: وينبغي أن يقال: لا يفسق، لأنه لا يمتنع غالباً إلا متأولاً، وهذا ليس بعاص قطعاً وإن كان مخطئاً، والله أعلم. الروضة ١١/ ٩٢.

(٤) الروضة ١١/ ٩٢.

(٥) الروضة ٧/ ٧٧ و١١/ ٢٧٢، والمجموع ٢٠/ ٢٦٧.

وأما إذا طلب بعض الشهود للتحمل فلا يتعينون بذلك على الأصح، وفيه وجه كما إذا دعي للأداء[1].

ومنها: قالوا في المرأة الزانية: إنها تغرب مع زوج[2] أو محرم فإن امتنع هل يجبر؟ فيه خلاف:

الأصح: المنع: فإن قلنا يجبر[3]، فلو اجتمع محرمان أو زوج ومحرم، قال الرافعي لم يتعرضوا له[4].

وقال النووي: يحتمل وجهين كنظائره.

أحدهما: الإقراع.

والثاني: يقدم بالاجتهاد من يراه.

قال: وهذا أرجح[5].

ومما يتعلق بهذا الموضع، أخذ الأجرة على فرض الكفاية وفرض العين، وقد ذكر الأصحاب أن الجهاد لا يستأجر عليه، لأنه إذا حضر الصف تعين عليه، ولا يجوز أخذ الأجرة عن الفرض المتعين عليه، وإذا قهر الإمام طائفة وألزمهم الخروج للجهاد لم يستحقوا أجرة، وهذا فيه شيئان:

أحدهما: أن صاحب التهذيب قال: إن تعين الجهاد عليهم فالحكم كذلك، وإلا فلهم أخذ الأجرة من حين خروجهم وإلى أن يحضروا الوقعة.

وكذلك قالوا إذا عين الإمام رجلاً لغسل الميت ودفنه، لزمه ذلك ولم يكن له أجرة، واستدركه الإمام وقال: هذا إذا لم يكن للميت تركة، ولا في بيت المال متسع.

---

(١) الروضة ١١/ ٢٧٤. والوجه الذي يجعله كالأداء: أن يكون المحمل (أي متحمل الشهادة من غيره) معذوراً بمرض أو حبس أو كانت امرأة مخدرة وكذا إذا دعاه القاضي ليشهده على أمر ثبت لزمه الإجابة. والفرق بين الطلب للتحمل والطلب للأداء، أن الأول طلب لتحمل الأمانة والثاني لأدائها، ومعلوم أنه يجوز لمن لا يستطيع حمل الأمانة أو لا يأمن من نفسه أن يرفض حملها.

(٢) لعل القارىء يتسائل ويقول: المرأة المتزوجة ترجم ولا تغرب، فكيف قال العلائي تغرب مع زوج؟ أقول: تغرب مع الزوج إذا لم يكن داخلاً بها، فهي حينئذ غير محصنة.

(٣) وهو محكي عن ابن سريج.

(٤) الروضة ١٠/ ٨٨.

(٥) المصدر السابق ١٠/ ٨٨.

فإن كان ذلك فيستحق المقهور الأجرة[1].

قال الرافعي: والتفصيلان حسنان فيحمل عليهما الإطلاق[2].

والثاني: أنَّ من فروض الأعيان ما يجوز أخذ الأجرة عليه:

منها: الاستئجار على تعليم الفاتحة إذا لم يكن هناك غيره، وفيه وجهان: الأصح الجواز[3].

وكذلك لو أصدقها تعليم الفاتحة وهو متعين لتعليمها، فيه وجهان:

الأصح الصحة، بخلاف ما إذا نكح امرأة على أداء شهادة لها عنده أو كتابية على تلقين كلمة الشهادة، فإنه لا يصح، قاله البغوي[4].

ومنها: أن على الأم أن ترضع ولدها اللِّبَأَ ولها أخذ الأجرة على ذلك على المذهب[5].

ومنها: إطعام المضطر حيث يكون فرض عين، له أخذ العوض على المذهب، وفيه وجه أنه لا يجوز[6]، وقالوا في إنقاذ الغريق: إنه لا يثبت له عليه أجرة المثل، وفرقوا بينهما بأن من وقع في ماء أو نار لم يجز للقادر على إنقاذه تأخيره إلى تقدير أجرة، بخلاف المضطر إلى الأكل، فإن التأخير إلى تقدير ثمن ذلك عليه ممكن[7].

وهذا فيه نظر من وجهين:

أحدهما: أن تأثير الفرق إنما في تقدير الأجرة، وأما ثبوت أجرة المثل وإن لم يقدرها فما المانع من ذلك؟ كما أن صاحب الطعام إذا منع المضطر منه كان له أن يكابره عليه، ثم يضمن له بدله وإن لم يقدر له ثمناً.

والثاني: أن القاضي أبا الطيب سوى بينهما فقال: إن احتمل الحال فيمن وقع في ماء أو نار تقدير أجرة لم يلزمه تخليصه حتى يلتزمها كما في المضطر وإن لم يحتمل الحال في المضطر التأخير لم يلزمه العوض فلا فرق بينهما[8].

---

(١) الروضة ١٠/ ٢٤١ و٥/ ٢٦٦.
(٢) الروضة ٥/ ٢٦٦ نقلاً عن كتاب السير للرافعي.
(٣) الروضة ٥/ ١٨٧.
(٤) المنثور في القواعد للزركشي ٣/ ٢٩.
(٥) المنثور ٣/ ٣٠.
(٦) الروضة ٥/ ١٨٧.
(٧) نقله الزركشي عن القاضي حسين. المنثور ٣/ ٣٠.
(٨) المنثور ٣/ ٣٠.

وأما الشهادة فقالوا إذا طلب الشاهد أجرة ليتحمل فإن لم يتعين عليه فله الأخذ وإن تعين ففيه وجهان:

أصحهما: الجواز كما في تجهيز الميت وتعليم الفاتحة.

وقال الشيخ أبو الفرج: هذا إذا دعي ليتحمل، أما إذا أتاه المتحمل فليس للمتحمل والحال هذه أجرة.

وأما في الأداء فقالوا: ليس للشاهد أخذ أجرة عليه لأنه فرض توجه عليه، والأداء أيضاً كلام يسير لا أجرة لمثله(١).

وقال الإمام وغيره: إذا كان القاضي ليس معه في البلد بل يأتيه من مسافة العدوى(٢) فما فوقها فله أخذ الأجرة على الركوب إليه.

وأطلق الغزالي أخذ هذه الأجرة من غير فرق بين أن يكون معه في البلد أو لا، وهذا كله إذا لم يكن الإمام رزق الشاهد من بيت المال لأجل ذلك، فإن كان فليس له طلب أجرة في جميع ذلك(٣)، والله أعلم.

وأما القسم الثاني: وهو الواجب المخير فهو ضربان:

الأول: أن يكون التخير ثابتاً بالنص في أصل المشروعية، كجزاء الصيد(٤)، وكفارة اليمين(٥)، وفدية الحلق(٦)، ونحوه(٧)، ولأئمة الأصول قولان مشهوران:

أحدهما: أن الواجب منها واحد لا بعينه، وهو الكلي المشترك بين الخصال المأمور بها.

وهو قول الجمهور من أهل السنة والفقهاء(٨).

---

(١) الروضة ١١/ ٢٧٥.

(٢) حد مسافة العدوى: هو أن يخرج الإنسان من بلده إلى مقصده ثم لا يمكنه أن يعود يأوي إليه في يومه على السير المتوسط سير الرواحل المعتادة. أدب القضاء ١/ ٧٦.

(٣) الروضة ١١/ ٢٧٥.

(٤) قال تعالى: ﴿ فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّٰرَةٌ طَعَامُ مَسَٰكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَٰلِكَ صِيَامًا لِّيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِۦ ﴿٩٥﴾ ﴾ [المائدة].

(٥) قال تعالى: ﴿ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴿٨٩﴾ ﴾ [المائدة].

(٦) قال تعالى: ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ ﴿١٩٦﴾ ﴾ [البقرة].

(٧) كالشهادة على المعاملات المادية فقد قال تعالى: ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ ﴿٢٨٢﴾ ﴾ [البقرة].

(٨) الإحكام للآمدي ١/ ١٤٢، وتيسير التحرير ٤/ ٢١١.

والثاني: أن الكل واجب، وهو قول المعتزلة بأسرهم[١]، وحكاه الباجي[٢] عن بعض المالكية، والحنفية أيضاً[٣].

وفيه قولان آخران غريبان[٤]: أحدهما: أن الواجب ما يفعل.

والثاني: أنه واحد معين عند الله تعالى يسقط الوجوب بغيره إذا لم يصادفه المكلف، وهما ضعيفان:

وأما القولان الأولان، فقال إمام الحرمين، والشيخ أبو إسحاق[٥]، وغيرهما[٦]: الخلاف لفظي لا يترتب عليه شيء، وتبعهم فخر الدين، قال لأن مراد المعتزلة بقولهم الكل واجب على البدل أنه لا يجوز الإخلال بجميعها ولا يلزمه الإتيان بكلها ويكون فعل كل واحد منها موكولاً إلى اختياره، وهذا بعينه مراد الفقهاء بقولهم الواجب واحد لا بعينه، فلا خلاف في المعنى[٧].

قال ابن فورك[٨] والغزالي[٩] وغيرهما: بل له فائدة معنوية، وتبعهم

---

(١) شرح اللمع ١/ ٢٥٦، والمحصول ١/ ق٢/ ٢٦٦، والإحكام للآمدي ١/ ١٤٥.

(٢) الباجي: هو أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، نسبة إلى باجة إحدى مدن الأندلس، رحل إلى المشرق فأقام بمكة وأخذ العلم عن أبي ذر الهروي، ثم إلى بغداد وسمع من شيوخها، ثم إلى الشام ثم إلى مصر ثم رجع إلى الأندلس بعلم غزير، وتولى القضاء بمواضع فيها، له مصنفات منها: سنن الصالحين وسنن العابدين وإحكام الفصول في أحكام الأصول وغيرها، توفي سنة ٤٧٤هـ.
ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك ٤/ ٨٠٢، وتاريخ قضاة الأندلس ص٩٥، ونفح الطيب ١/ ٣٥٤.

(٣) الحدود في الأصول ص٥٤، وتيسير التحرير ٢/ ٢١٢.

(٤) لأنهما لا ينسبان لأحد، والثاني منهما يسمى قول التراجم لأن الأشاعرة يرجمون به المعتزلة، والمعتزلة يرجمون به الأشاعرة، ولا يعلم قائله واتفق الطرفان على فساده. المعتمد ١/ ٨٧، والإبهاج ١/ ٥٤.

(٥) البرهان لإمام الحرمين تحقيق عبد العظيم الديب ١/ ٢٦٨، وشرح اللمع ١/ ٢٥٦.

(٦) كأبي الحسن البصري من المعتزلة. المحصول ١/ ق٢/ ٢٦٦، والآمدي ١/ ١٤٣.

(٧) المحصول ١/ ق٢/ ٢٦٦.

(٨) ابن فورك: هو الأستاذ أبو بكر محمد بن الحسن بن فورك ـ بضم الفاء وفتح الراء ـ الأصفهاني، كان أصولياً متكلماً أديباً واعظاً مصنفاته تبلغ المائة، توفي سنة ٤٠٦هـ. طبقات السبكي ٣/ ٥٢، وطبقات الأسنوي ٢/ ٢٦٦.

(٩) المستصفى ١/ ٦٨.

الآمدي[1] وغيره، وذكروا أن فائدة الثواب على الجميع إذا أتى به ثواب الواجب، والعقاب على الجميع إذا ترك الكل، وهذا لم يقل به إلا شرذمة من المعتزلة.

وقد صرح أبو هاشم[2] منهم وغيره: بأنه لا يثاب ثواب الواجب إلا على واحد، وكذلك العقاب[3]، ولكن يتخرج على هذا الخلاف مسائل أُخَرُ.

منها: إذا مات من له تركة، وفي ذمته كفارة مخيرة، قال البغوي والرافعي بعده: الواجب: ما هو أقل الأشياء قيمة من الخصال[4].

وقال ابن الرفعة: اتفقوا على أن الوارث إذا كفَّر بأغلاها[5] قيمة جاز، والمراد بهذا الاتفاق ما إذا كان المكفر هو الوارث الجائز التصرف، أما إذا كان قيماً على يتيم في التركة فهو موضع خلاف.

قال الرافعي: يجوز التكفير بالإطعام والكسوة، وهل يجوز بالإعتاق؟

فيه وجهان: أصحهما: الجواز[6].

وبنى الماوردي الوجهين على الخلاف الأصولي المتقدم[7]، فإن قلنا: الواجب الجميع جاز التكفير بالعتق، وإن قلنا: إنه واحد لا بعينه، لم يعدل إلى الأعلى قيمة مع القدرة على التكفير بما دونه.

وهذا البناء ظاهر، لكن مقتضى ذلك أن يكون أصح الوجهين عدم جواز العتق، بناء على ترجيح القول الذي يتخرج عليه.

والماوردي صرح هاهنا: بأن الجميع واجب، وكأنها نزعة اعتزالية.

---

(١) الإحكام للآمدي ١/ ١٤٥.

(٢) أبو هاشم: هو عبد السلام بن محمد الجبائي معتزلي، قدم بغداد سنة ٣١٤ وكان ذكياً حسن الفهم ثاقب الفطنة. توفي سنة ٣٢١هـ من مصنفاته كتاب الجامع الكبير وكتاب التقصي على أرسطو طاليس وكتاب الاجتهاد.
الفهرست لابن النديم ص٢٦١، وشذرات الذهب ٢/ ٢٨٩.

(٣) البرهان ١/ ٦٨، والمعتمد لأبي الحسن البصري ١/ ٨٧، وشرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ١/ ١٧٧.

(٤) الروضة ١١/ ٢٦.

(٥) أ: (بأغلا)، ج: (بأعلاها).

(٦) الروضة ١١/ ٢٦.

(٧) الحاوي ١٩/ ٣٩٦.

ومنها: إذا أوصى من عليه الكفارة بالعتق، وهو أزيد قيمة من الإطعام والكسوة، فإنه يعتبر العتق من الثلث[1].

لكن هل المعتبر منه جملة الرقبة أو القدر الزائد من ثمنها على قيمة الإطعام أو الكسوة؟

فيه وجهان مبنيان أيضاً على هذا الأصل، والأصح أنه جملة الرقبة، وهو محكي عن النص، وبه قطع بعضهم، وهو يتخرج على أن الواجب أحد الخصال لا بعينه منها، فلم يتعين العتق لكونه واجباً عليه حتى يعتبر من رأس المال.

والوجه الآخر: مبني على أن الواجب جميعها، فالمعتبر به حينئذ هو الزائد على مقدار الكسوة والإطعام، وكذلك لو أوصى بالكسوة أو الإطعام وكان أحدهما أزيد من الآخر، وهذا البناء موافق من حيث التصحيح للقاعدة.

ومنها: إذا حلف أنه لا مال له وقد جنى عليه أو كان وارث قصاص، فإنه ينبني أولاً على أن الواجب في العمد، القصاص، والدية بدل عنه، أو الواجب أحد الأمرين منهما؟ فإن قلنا: بهذا، فينبني على الواجب في خصال الكفارة والمخير فيها الجميع أو واحد لا بعينه منها؟

فإن قلنا: الجميع، حنث الحالف في هذه الصورة، وإلا فلا يحنث، وهو الأصح عند النووي[2] وغيره[3].

ومنها: إذا جنى على المفلس أو على عبده، فله القصاص ولا يلزمه العفو على المال، وذكر بعضهم أنه ينبني على مثل ما ذكرناه آنفاً، فإذا قلنا الواجب أحد الأمرين من القصاص والدية وإنَّ الواجب في خصال الكفارة الجميع، لم يكن له القصاص، لما فيه من تضييع المال على الغرماء، والأصح خلافه[4].

---

(١) هذه المسألة فيها ثلاثة أوجه ذكرها النووي في الروضة:
أضعفها: يتعين الإعتاق وتحسب قيمة العبد من رأس المال.
والثاني: ما ذكره المصنف أي تحسب قيمة العبد من الثلث. فإذا وفى بقيمة عبد مجزئ، أعتق عنه، وإلا بطلت الوصية وعدل إلى الإطعام والكسوة، وهذا الوجه صححه النووي.
الثالث: تحسب قيمة أقلها قيمة من رأس المال، والزيادة إلى تمام قيمة العبد من الثلث، فإن وفى ثلث الباقي مضموماً إلى الأقل المحسوب من رأس المال بقيمة عبد، أعتق منّه، وإلا بطلت الوصية، وعدل إلى الإطعام والكسوة. الروضة ١١/٢٦.

(٢) الروضة ١١/ ٥٢.

(٣) كالعمراني في البيان. المصدر السابق ١١/ ٥٢.

(٤) الروضة ٩/ ٢٤١.

ومما ينبغي تخريجه عليها، ما إذا قتل الرجل عمدا فوجب القصاص، ثم حجر عليه بالفلس، ثم عفا عنه مستحق الدم على مال، فإنه يتخرج أولاً على أن موجب العمد، القود المحض. والدية بدل عنه، أو الواجب أحد الأمرين من القود والدية[1]، فعلى الأول لا يشارك العافي الغرماء في ماله الذي حجر عليه فيه، وأما على الثاني فيتخرج على هذه القاعدة.

فإن قلنا: بالأصح إنَّ الواجب فيها واحد لا بعينه، فكذلك أيضاً لا يضارب معهم.

وإن قلنا: إن الواجب الجميع، فينبغي أن يضارب معهم.

وهذا كله إذا ثبت القتل بالبينة، أما إذا كان بإقراره، ففي قبول ذلك في حق الغرماء خلاف معروف والأصح القبول.

وخرج الشيخ صدر الدين على هذا الأصل ما إذا تيمم قبل الاستنجاء، ففيه خلاف[2]، والأصح أنه لا يجزئه.

قال: لأنه مأمور بأحد الأمرين من الحجر والماء، ويجب عليه لأجل الاستنجاء بالماء الطلب، فيبطل تيممه لتوجه الطلب بعده.

وفي هذا البناء نظر لا يخفى، والمأخذ في ذلك أن التيمم مشروع لاستباحة الصلاة لا لرفع الحدث، والاستباحة لا تتصور مع قيام النجاسة به، والله أعلم.

والضرب الثاني:

من الواجب المخير ما علم ذلك من جملة المشروعية دون تنصيص على التخيير، كتخيير المستنجي بين الماء والحجر، وتخيير المسافر بين الصوم والفطر، وبين القصر والإتمام، وبين الجمع بين الصلاتين وتركه، والتخيير في المائتين من الإبل بين أربع حقاق[3] وخمس بنات لَبُون. والتخيير بين الشاتين والعشرين درهماً في جبران الزكاة، والتخيير في الدين المؤجل والضال والمغصوب بين تعجيل زكاته والصبر إلى حصوله،

---

(١) للاطلاع على أدلة القولين انظر: الحاوي ١٥/ ٢٤٧.

(٢) ذهب أكثر الأصحاب إلى عدم صحة التيمم قبل الاستنجاء، وجوزه صاحب الإبانة الشيخ أبو القاسم الفوراني، ونقل الربيع فيه قولاً، وغلطهم الأصحاب في ذلك. المجموع ٢/ ٩٧.

(٣) جمع حِقٍّ: وهو من الإبل ما دخل في السنة الرابعة وأمكن ركوبه أو الحمل عليه.
ابن اللبون: ولد الناقة إذا استكمل السنة الثانية ودخل في الثالثة، وهي ابنة لبون وبنت لبون والجمع: بنات لبون «للذكور والإناث».

والتخيير في الحج بين الإفراد[1] والتمتع[2] والقران[3]، وتخيير الشفع بين الأخذ والعفو، وتخيير المرأة إذا ثبت لها حق الفسخ بينه وبين الصبر، إلى غير ذلك من أمثلته.

والغالب في أكثرها الترجيح، وقد يستحب الجمع بينهما، كالجمع بين الماء والحجر في الاستنجاء وعند الاقتصار الماء أفضل[4]، وكذلك القصر إذا كان المسير ثلاثة أيام فصاعداً[5]، ونحو ذلك.

وقد يتعين كالحقاق وبنات اللبون إذا وجدا فإنه يتعين الأغبط للمساكين على الصحيح[6].

وقد يكون على السواء، كالأخذ بالشفعة وتركه، والله أعلم.

وأما القسم الثالث: فالواجب المتعلق بوقت معين على ثلاثة أضرب:

الأول: ما كان بقدر وقته سواء، كالنهار بالنسبة إلى الصوم، فهذا هو الواجب المضيق.

والثاني: ما كان وقته أنقص منه، فالقول بالوجوب فيه، إنما هو بحسب الإتمام أو لأجل القضاء.

---

(١) الإفراد: الإحرام بالحج وحده ويفرغ منه ثم يحرم بالعمرة. الروضة ٣/ ٤٤، ومعجم لغة الفقهاء ص٨٠.

(٢) التمتع: الإتيان بالعمرة في أشهر الحج ثم التحلل منها ثم الإتيان بالحج. الروضة ٣/ ٤٦، ومعجم لغة الفقهاء ص١٤٥.

(٣) القران: الجمع بين الحج والعمرة بإحرام واحد في أشهر الحج. طلبة الطلبة للنسفي. تحقيق الشيخ خليل الميس ص٧٥ الطبعة الأولى - دار القلم ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م، ومعجم لغة الفقهاء ص٣٦٠.

(٤) الروضة ١/ ٧١.

(٥) أما إذا كان السفر أقل من ثلاثة أيام فالإتمام أفضل. الروضة ١/ ٤٠٣.

(٦) وصورة هذه المسألة: أن هناك من تبلغ ماشيته حداً يخرج فرضه بحسابين مثال ذلك من كان نصابه مائتين من الإبل فعليه أن يخرج إما خمس بنات لبون أو أربع حقاق، واختلف في الواجب منهما على قولين:

أظهرهما: أن الواجب أحدهما، وللمسألة في هذه الحالة أحوال:

أحدها: أن يوجد الصنفان بصفة الأجزاء، فقد نص الشافعي وجمهور الأصحاب أنه يتعين الأغبط للمساكين، وقال ابن سريج: يستحب الأغبط للمساكين. الروضة ٢/ ١٥٩.

فالأول: كمن وجبت عليه الصلاة بزوال عذره، كالصبي يبلغ، والحائض تطهر، وقد بقي من الوقت ما يسع الطهارة وفعل ركعة، فإنه يأتي بها ويتمها بعد خروج الوقت، وهل هي أداء أم قضاء؟ أم الواقع في الوقت أداء، والواقع بعده قضاء؟ فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: الأول إن كان المأتي به في الوقت ركعة، وإلا فالكل قضاء على الصحيح[١].

والثاني: كمن لم يبق له من الوقت بعد زوال عذره إلا قدر تكبيرة، ففائدة القول بالوجوب هنا أنه يقضي جميع الصلاة.

والثالث: أن يكون الوقت أزيد من فعل الفريضة، وهو الواجب الموسع، والأمر به يقتضي إيقاع الفعل في جزء من أجزاء الوقت أي جزء كان، وهو معنى قول أصحابنا: إنَّ الفعل يجب بأول الوقت وجوباً موسعاً وله تأخيره عن أول الوقت[٢]، ولكن هل يجب مع التأخير العزم على الفعل في ثاني الحال؟ فيه وجهان:

ذكرهما الشيخ أبو إسحاق في اللمع[٣] والماوردي في الحاوي[٤].

وأصحهما: وهو الذي جزم به الغزالي في المستصفى: الوجوب[٥].

وقال القاضي عبد الوهاب المالكي: وهو قول أكثر الشافعية[٦].

قال الإمام في البرهان: والذين قالوا بذلك لا أراهم يوجبون تجديد العزم في الجزء الثاني، بل يحكمون بأن العزم الأول ينسحب على جميع الأزمنة المستقبلة، كانسحاب النية على العبادة الطويلة مع غروبها[٧]، وهذا كله إذا كان يغلب على ظنه السلامة إلى

---

(١) الوجه الثاني: جميعها قضاء.
والوجه الثالث: ما في الوقت أداء وما بعده قضاء. فتح العزيز ٣/ ٤١، والمجموع ٣/ ٦٢.

(٢) المنخول ص١٢١، والمحصول ١/ ق٢/ ٢٩١، والمجموع ٣/ ٤٧.

(٣) شرح اللمع ١/ ٢٤٦، واللمع: كتاب في أصول الفقه للشيرازي نفسه، وحققه عبد المجيد تركي، طبعة دار الغرب الإسلامي، ويقع في مجلدين، وله شروح أخرى، كشف الظنون ٢/ ١٥٦١.

(٤) الحاوي ٢/ ٣٩، والمجموع ٣/ ٤٩.

(٥) المستصفى ١/ ٦٩.

(٦) نهاية السول ١/ ٩٠.

(٧) البرهان ١/ ٢٣٩.

آخر الوقت، فإن كان يتوقع الهلاك ويغلب على ظنه عدم البقاء، فإن الوقت يتضيق عليه ويعصي بالتأخير[1]، لكنه إذا عاش وأدى الفعل في وقته يكون أداء[2]، لأن ما ظنه تبين خطؤه، ولو لم يظن الهلاك بل مات في أثناء الوقت فجأة قبل الإتيان به، فهل يموت عاصياً؟ فيه وجهان:

أصحهما: أنه لا يموت عاصياً[3]، لأنه مأذون له في التأخير وهذا بخلاف الحج الذي وقته جميع العمر، فإنه إذا مات في أثنائه فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: أن يموت عاصياً، لأن التأخير له مشروط بسلامة العاقبة، وهو في غاية الإشكال، لأن العاقبة عنه مستورة[4].

والثاني: لا يموت عاصياً.

والثالث: الفرق بين الشاب والشيخ، فيعصي الشيخ دون الشاب[5]، وهو اختيار الغزالي[6].

وإذا قلنا بالعصيان: فمن أي وقت يتبين عصيانه؟

فيه أوجه:

أصحها: من السنة الأخيرة من سني الإمكان، لأن التأخير إليها كان جائزاً.

والثاني: من أول سني الإمكان، لاستقرار الوجوب بها.

والثالث: أنه لا يضاف العصيان إلى سنة بعينها[7].

---

(١) وذلك كمن لزمه قود فطالبه ولي الدم باستيفائه فأمر الإمام بقتله فيضيق عليه في أول الوقت فيعصي بتأخيرها لأن الوقت يتضيق عليه في ظنه. حاشية الجمل على شرح المنهج ١/ ٢٦٤.

(٢) وهو رأي الغزالي والآمدي وغيرهما، وذهب القاضي أبو بكر إلى كونه قضاء. المستصفى ١/ ٩٥، والإحكام للآمدي ١/ ١٥٥.

(٣) فتح العزيز ٣/ ٤١.

(٤) قال الرافعي: إذا أخر الحج بعد الوجوب فمات بعد إمكان الأداء يعصي، لأن آخر الوقت غير معلوم وأبيح له التأخير بشرط أن يبادر الموت فإذا مات قبل الفعل أشعر الحال بتقصيره وتوانيه. فتح العزيز ٣/ ٤١.

(٥) الروضة ٣/ ٣٤.

(٦) المستصفى ١/ ٧١.

(٧) الروضة ٣/ ٣٤.

ويتخرج على القول بأن الصلاة في الوقت الموسع تجب بأوله وجوباً موسعاً، إذا قال: أنت طالق في شهر رمضان مثلاً، فإنه يقع الطلاق عند استهلال الهلال عقيب الغروب، لأن اسم ذلك الشهر تحقق عند أول جزء منه[1].

ولو أسلم في مؤجل وقال محله في شهر رمضان فوجهان:

أحدهما: ما قاله ابن أبي هريرة: يصح ويحل في أوله كتعليق الطلاق[2].

وأصحهما: أنه لا يصح لجعله الشهر ظرفاً، فكأنه قال: في وقت من أوقاته[3]، وفرقوا بينه وبين الطلاق بأن الطلاق يجوز تعليقه بالإغرار والمجاهيل بخلاف السلم[4].

واعترض ابن الصباغ على هذا الفرق بأنه لو كان هذا من ذلك القبيل لوجب أن يقع الطلاق في آخر جزء دون الأول[5].

قال الرافعي: هذا أحسن والفرق مشكل[6].

وقال الإمام في مسألة الطلاق: لم يذكروا ها هنا خلافاً أخذاً مما سبق في السلم مع اتجاه التسوية.

ولو حلف ليأكلن هذا الطعام غداً، فتمكن من أكله من الغد ثم تلف أو مات الحالف، فطريقان:

أحدهما: القطع بالحنث[7].

والثاني: عن ابن سريج فيه وجهان[8]، لأن جميع الغد وقت الأكل فلم يقصر بالتأخير.

---

(١) المجموع ٨/ ١١٦.

(٢) فتح العزيز ٩/ ٢٣٨، والمجموع ١٣/ ١٣٦.

(٣) الروضة ٤/ ١٠.

(٤) فتح العزيز ٩/ ٢٣٨.

(٥) المصدر السابق.

(٦) المصدر السابق نفسه.

(٧) الروضة ١١/ ٦٨.

(٨) الخلاف مبني على أنه هل يحنث في الحال أم قبل غروب الشمس؟ فيه وجهان. المصدر السابق.

قال الرافعي: وربما خرج ذلك على الخلاف في أن من مات في أثناء الوقت ولم يصل هل يكون عاصياً[1]؟ لأن التأخير عن أول الغد كتأخير الصلاة عن أول الوقت.

ولو قال: أنت طالق في يوم كذا، وقع عند طلوع الفجر من ذلك اليوم، كما في الشهر[2].

وحكوا عن مذهب أبي حنيفة أنه يقع عند انتهاء ذلك اليوم بغروب الشمس[3]، كما أن الواجب الموسع يجب بآخر الوقت.

قال الرافعي: وحكى الحناطي[4] قولاً مثل مذهبه وطرده في الشهر أيضاً[5].

ولو قال: أنت طالق أول آخر الشهر.

ففيه وجوه:

أصحها: يقع في أول اليوم الآخر من الشهر[6].

والثاني: قاله ابن سريج: يقع في أول النصف الآخر وذلك عند أول جزء من ليلة السادس عشر.

والثالث: عن أبي بكر الصيرفي: أنه يقع في أول اليوم السادس عشر[7].

ولو قال في السلم إلى أول الشهر أو إلى آخره، نقل الرافعي عن عامة الأصحاب أنه يبطل[8]، لأن اسم الأول والآخر يقع على جميع النصف فلا بد من البيان، وإلا فهو مجهول.

وعن الإمام وصاحب التهذيب: أنه يصح ويحمل على الجزء الأول من كل

---

(١) الأصح أنه لا يكون عاصياً، لأنه أبيح له التأخير. فتح العزيز ٣/ ٤١.

(٢) الروضة ٨/ ١١٦-١١٧.

(٣) المبسوط ٦/ ١١٥.

(٤) الحناطي: هو أبو عبد الله الحناطي الحسين بن أبي جعفر الطبري فقيه شافعي قدم بغداد فأخذ وروى عن علمائها، له مصنفات منها: العدة في شرح الإبانة في الفروع، والكفاية في الفروق، توفي سنة ٤٩٥هـ، طبقات الشيرازي ص١١٨، وطبقات الأسنوي ١/ ٤٠١.

(٥) الروضة ٨/ ١١٧.

(٦) وهو رأي الجمهور. المصدر السابق.

(٧) الروضة ٨/ ١١٧.

(٨) فتح العزيز ٩/ ٢٣٩، والروضة ٤/ ١٠.

نصف[1]. كما أن اليوم والشهر يقع على جميع أجزائهما، وإذا وقت بهما حمل على أول جزء منهما، فقوله إلى أول الشهر كذا أقرب إلى هذا المعنى مما إذا أطلق ذكر الشهر.

وقال الإمام: وقد يحمل اللفظ[2] الأول على الجزء الأول والآخر على الجزء الآخر.

ولو قال: أنت طالق آخر أول الشهر، ففيه وجوه نظير التي تقدمت.

والأكثرون على أنه يقع عند غروب الشمس في اليوم الأول.

وقال ابن سريج: يقع في آخر النصف الأول، وذلك عند الغروب في اليوم الخامس عشر.

وقيل: يقع عند آخر الليلة الأولى ولا يعتبر مضي اليوم، حكاه في التتمة[3].

ويتخرج على القول بأن فرض الحج وقته العمر ويتبين[4] العصيان بالموت ما إذا قال لامرأته: إن لم أطلقك فأنت طالق، ثم لم يطلقها حتى مات، فإنه يقع قبيل موته عند اليأس من فعل المحلوف عليه، هكذا نص عليه الشافعي رحمه الله، ونص فيما لو قال: إذا لم أطلقك فأنت طالق، أنه إذا مضى زمان يمكنه أن يطلق فيه فلم يفعل طلقت[5]، وللأصحاب طريقان:

أحدهما[6]: إثبات قولين في الصورتين بالنقل[7] والتخريج[8].

---

(١) فتح العزيز ٩/ ٢٣٩.

(٢) أ: (البطن)، وج: (الفطن) بينما أورده الرافعي بلفظ: (الفطر) فقال: قال الإمام وقد يحمل الفطر على الجزء الأول.

فتح العزيز ٩/ ٢٤٠، والصواب ما أثبتناه لأنه في سياق الحديث عن أول الشهر وآخره.

(٣) الروضة ٨/ ١١٧.

(٤) ب: (تبيين).

(٥) الروضة ٨/ ١٣٣، والمجموع ١٧/ ١٩٠.

(٦) ج: أحديهما.

(٧) ج: النص.

(٨) بالنقل والتخريج: معناهما: إذا ورد نصان عن صاحب المذهب مختلفان في صورتين متشابهتين ولم يظهر بينهما ما يصلح فارقاً، فالأصحاب يخرجون نصه في كل صورة من الصورتين في الصورة الأخرى لاشتراكهما في المعنى فيحصل في كل واحدة من الصورتين قولان: منصوص ومخرج. =

والثانية: وهي الأصح، تقرير النصين، والفرق أن حرف «إنْ» يدل على مجرد الاشتراط، ولا إشعار له بالزمان، و«إذا» ظرف زمان، نازل منزلة «متى» في الدلالة على الأوقات، فيقتضي الفورية في جانب النفي، وكأنه قال: إذا مضى زمان يسع التطليق فلم أطلق فإذا مضى ذلك وجب أن يقع الطلاق.

وكذلك القول في بقية أدوات التعليق، مثل: متى، ومهما، وأي حين، أو وقت.

ومنهم من طرد فيها التخريج من «إن».

ووجه الرافعي رحمه الله أن الفرق بأن «إن»، حرف شرط، يتعلق بمطلق الفعل من غير دلالة على الزمان[1]، ففي طرق الإثبات إذا حصل الفعل في أي وقت كان وقع الطلاق، وفي طرق النفي يعتبر انتفاؤه، والانتفاء المطلق بانتفاء جميع الأزمان، كما أنه إذا حلف أن يكلمه، بر إذا كلمه مرة في عمره، ولو حلف أن لا يكلمه، فإنما يبِر إذا امتنع عنه جميع العمر.

وأما: إذا، ومتى، وأي حين وما يدل على الزمان فإذا قال في طرق الإثبات: أي وقت فعلت كذا فسواء فيه الزمن الأول والثاني، أي وقت فعلت طلقت، وإذا قال: في ظرف النفي أي وقت لم أفعل كذا فإذا مضى زمان لم يفعل فيه حصلت الصفة فتعلق بها الطلاق، والله أعلم.

وأما القسم الرابع: فالواجب إما أن يكون له وقت محدود الطرفين أو لا، فإن لم يكن له ذلك لم يوصف بأداء ولا قضاء كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ورد المغصوب والتوبة من الذنوب، وإن أثم المؤخر لها عن المبادرة إليه، فلو تداركه بعد ذلك لا يسمى قضاء.

وإن كان له وقت محدود شرعاً، فإما أن يقع في وقته أو قبله أو بعده.

= المنصوص في هذه هو المخرج من تلك والمنصوص من تلكُ هو المخرج من هذه فيقولون (فيهما قولان بالنقل والتخريج).

ويجوز أن يراد بالنقل الرواية ويكون المعنى في كل واحد من الصورتين قول منقول أي مروي عنه وآخر مخرج.

والأصح أن القول المخرج لا ينسب إلى الشافعي لأنه ربما لو روجع فيه ذكر فارقاً له. فتح العزيز ٢/ ٢٦٠، وخبايا الزوايا للزركشي ص٥٠٤ تحقيق د. الشيخ عبد القادر العاني، وإتحاف السادة ٢/ ٤٧٠.

(١) الروضة ٨/ ١٣٤.

فإن وقع قبله حيث يجوز ذلك كإخراج زكاة الفطر في رمضان سمي تعجيلاً، وسيأتي ذلك في موضعه(١) إن شاء الله تعالى.

وإن فعل في وقته، فإن سبق بأداء مختل سمي الثاني إعادة، وسيأتي ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى.

وإن لم يسبق بشيء ووقع على وجه الكمال المجزي، فهو الأداء.

وإن لم يقع إلا بعد الوقت المقدر أولاً سمي قضاء.

والتقييد بـ«أولاً» يخرج قضاء صوم رمضان، فإنه محدود عندنا إلى أن يدخل رمضان آخر، فإنه محدود به أيضاً وهو قضاء.

وعلى القول بأن: من صلى ركعة في أول الوقت وبقيتها خارجاً عنه يكون الكل أداء ينبغي، أن يزاد في الحد، أن الأداء هو: ما فعل أو بعضه المعتبر في وقته المقدر له أولاً شرعاً.

وأما حجة الإسلام إذا فسدت فإنما قيل للثانية قضاء مع أن وقت الحج العمر كله، لأن الحج تعين بالشروع فيه، فلم يبق وقته جميع العمر، فإذا فسد كان ما بعده قضاء، كما تقدم في الصلاة إذا تحرم بها ثم أفسدها فإن المأتي بها يكون قضاء، وإن كان في الوقت. صرح به القاضي حسين والمتولي والروياني ووجه ظاهر.

وأما الإعادة فينبغي أن لا يوجد في حدها قيد الإتيان بالواجب ثانياً في الوقت، بل أعم من ذلك في الوقت وبعده إذا كان مسبوقاً بأداء مختل لتدخل فيه صور كثيرة.

فمما أوجبوا فيه الإتيان بالعبادة في وقتها مع بعض الخلل على حسب الحال ثم تجب الإعادة ثانياً عند القدرة، إما جزماً أو على أحد الأقوال(٢)، وإن كان خارج

---

(١) ص(٣١٨).

(٢) في هذه المسألة أربعة أقوال:

الأول: يجب أن يصليها في الحال على حسب حاله لحرمة الوقت، وتجب عليه الإعادة وهذا هو الصحيح الذي قطع به أكثر الأصحاب.

والثاني: لا تجب الصلاة، بل تستحب ويجب القضاء سواء صلى أم لم يصل، وهو محكي عن الشافعي في القديم وإليه ذهب الشيخ أبو حامد.

والثالث: تحرم عليه الصلاة ويجب القضاء، حكاه إمام الحرمين وجماعة من الخراسانيين عن القديم.

الرابع: تجب الصلاة في الحال على حسب حاله ولا تجب عليه الإعادة. المجموع ٢/ ٢٧٨.

الوقت: كصلاة من لم يجد ماء ولا تراباً، والعاري الذي لا يجد سترة، والمحبوس في موضع نجس لا يجد غيره، أو كان عليه نجاسة لا يقدر على إزالتها، أو المريض إذا لم يجد من يحوله إلى القبلة، أو الأسير إذا ربط على خشبة ولم يتمكن من إقامة الأركان، والكسير إذا وضع الجبائر على غير طهر ومسح عليها، إلى غير ذلك من الصور:

ثم ذكروا في الواجب من الصلاتين أربعة أقوال:

أحدها: أنها الثانية وصححه الأكثرون.

والثاني: الأولى.

والثالث: إحداهما لا بعينها.

والرابع: إن كلاً منهما واجب وهو نص الشافعي رضي الله عنه في الإملاء.

واختاره القفال وابن الصباغ[١] وغيرهما وقواه النووي[٢]، والكل يطلقون على الثانية لفظ الإعادة.

وقد قال ابن الحاجب في مختصره[٣] في الأصول، والإعادة ما فعل بعد وقت الأداء ثانياً لخلل وقيل لعذر[٤] وأراد بالخلل فوات الركن أو الشرط كما في المسائل المذكورة، وبالعذر ما تكون الثانية أكمل من الأولى وإن كانت الأولى صحيحة، كمن صلى منفرداً ثم أدرك الجماعة في الوقت أو في أحد المساجد الثلاثة[٥] ونحو ذلك مثل كثرة الجماعة أو تحصيل الجماعة لمن صلى منفرداً فإنه يستحب له الإعادة[٦] في هذه

---

(١) فتح العزيز ٤/ ٣٠١، والمجموع ٤/ ٢٢٤، والمهذب ٤/ ٢٢٥.

(٢) المجموع ٢/ ٢٨٠.

(٣) مختصر ابن الحاجب: هو كتاب في أصول الفقه اختصره ابن الحاجب من كتابه منتهى السؤل والأصل في علم الأصول والجدل، وله عدة شروح منها: شرح عضد الدين الإيجي المتوفى سنة ٧٥٦هـ وعليه عدة حواش. كشف الظنون ٢/ ١٨٥٣.
وقد نشرت مكتبة الكتاب الأزهرية سنة ١٣٩٣هـ- ١٩٧٣م المختصر مع شرح العضد مع ثلاث حواش: حاشية التفتازاني، والجرجاني، وحسن الهروي.

(٤) منتهى الوصول ١/ ٢٣٣.

(٥) هي: المسجد الحرام، والمسجد النبوي الشريف، والمسجد الأقصى.

(٦) لما ورد عن جابر بن يزيد عن أبيه قال: شهدت مع النبي ﷺ حجته، فصليت معه صلاة الصبح في مسجد الخيف قال: فلما قضى صلاته وانحرف، إذا هو برجلين في آخر القوم لم يصليا معه، فقال: (علي بهما)، فجيء بهما ترعد فرائصهما، فقال: (ما منعكما أن تصليا معنا؟) فقالا: يا رسول الله إنا كنا قد صلينا في رحالنا، قال: (فلا تفعلا، إذا صليتما في رحالكما ثم أتيتما مسجد =

الصور، وقيل باستحباب الإعادة مطلقاً وإن لم يكن في الثانية زيادة على الأولى، وهو اختيار جمهور الأصحاب وصححه الرافعي[1] والنووي[2] وهو مشكل لقوله ﷺ: (لا تصلوا صلاة مكتوبة في يوم مرتين) رواه أبو داود[3] والنسائي[4]، وأمر النبي ﷺ من صلى في بيته ثم أدرك جماعة يصلون أن يصليها معهم في غير ما حديث[5]، ونص على أن الثانية تكون نفلاً.

وهذا هو الصحيح الذي نص عليه في كتبه الجديدة، وقال في القديم إنَّ الفرض إحداهما لا بعينها ويحتسب الله تعالى ما شاء منهما.

وحكي وجه أن الفرض أكملهما. ووجه آخر أن كلاً منهما فرض[6] كما قال الأصحاب في فروض الكفايات مثل صلاة الجنازة ونحوها: إنَّ الطائفة الثانية إذا فعلته يقع فرضاً، وإن كان الحرج سقط بفعل الطائفة الأولى ولا يمنع ذلك احتساب الثانية فرضاً.

= جماعة فصليا معهم فإنها لكما نافلة). أخرجه الترمذي في سننه ١/ ٤٢٥، وقال حديث حسن صحيح، والنسائي ٢/ ١١٣، وأبو داود ١/ ١٥٤، ومالك في الموطأ ١/ ١٣٣.

(١) فتح العزيز ٤/ ٣٠٠.

(٢) المجموع ٤/ ٢٢٥.

(٣) سنن أبي داود ١/ ١٥٥.

(٤) سنن النسائي ٢/ ١١٤، ولفظه: (لا تعاد الصلاة في يوم مرتين).
قال السيوطي في شرح الحديث: قال البيهقي: إن صح هذا الحديث يحمل على ما إذا صلاها مع الإمام فلا يعيد، وإلى هذا التأويل أشار المصنف (أي النسائي) في الترجمة، بل زاد عليه أن تكون الصلاة مع الإمام في المسجد، وقال البيهقي: أما رواية: (لا تصلوا مكتوبة في يوم مرتين) فالمراد أي كلتاهما على وجه الفرض ويرجع ذلك إلى أن الأمر بالإعادة على وجه الاختيار وليس الحتم، ولذلك عند كثير من العلماء ينوي مع الإمام نافلة فلا إشكال، وإنما يرد الإشكال عند من يرى أنه ينوي في الثانية الفرض أيضاً [كما سيأتي في كلام المصنف]، وأول الخطابي النهي الوارد في حديث أبي داود بأنه إذا كان لا عن سبب، توفيقاً بين الأحاديث ورفعاً للاختلاف. أما إذا كان عن سبب كالرجل يدرك الجماعة وهم يصلون فيصلي معهم ليدرك فضيلة الجماعة. سنن النسائي بشرح السيوطي ٢/ ١١٤، وبذلك يزول الإشكال الذي أشار إليه العلائي.

(٥) كحديث جابر بن يزيد المتقدم الذكر، وحديث يزيد بن عامر الذي قال له رسول الله ﷺ: «إذا جئت إلى الصلاة فوجدت الناس فصل معهم وإن كنت قد صليت تكن لك نافلة وهذه مكتوبة» سنن أبي داود ١/ ١٥٥.

(٦) فتح العزيز ٤/ ٣٠١، والمجموع ٤/ ٢٢٤.

وبنوا على هذا الخلاف ماذا ينوي بالثانية:

فعلى غير القول الجديد: ينوي بها الفرض.

وعلى الأول: وجهان:

أحدهما: أنه ينوي بها الفرض أيضاً، ورجحه الأكثرون وهو مشكل(١).

والثاني: ينوي غير تلك الصلاة من غير تعرض لفرض أو نفل، واختاره إمام الحرمين(٢).

وقد اتفقوا على أن الواجب المقيد بوقت محدود، إذا لم يفعل في وقته مع التمكن منه ثم فعل بعد ذلك أنه يكوْن قضاء.

واختلفوا فيما انعقد سبب وجوبه ولم يجب، إما لمانع أو لفوات شرط أو تخفيفاً من الشارع، هل يسمى تداركه بعد الوقت قضاء على وجه الحقيقة أم على وجه المجاز؟

فقال المتأخرون(٣): إنه يكون قضاء حقيقة، سواء تمكن المكلف من فعله في الوقت كالمسافر والمريض الذي يطيق الصوم، أو لم يتمكن شرعاً كالحائض، أو عقلاً كالنائم.

وقال الغزالي: «إن إطلاق اسم القضاء في هذه الصور يكون على وجه المجاز»، لكنه جزم بذلك في الحائض والمريض الذي كان يخشى الهلاك من الصوم، وتردد في بقية الصور. ثم رجح كونه مجازاً(٤)، والخلاف في ذلك لفظي، والله أعلم(٥).

---

(١) لأن رسول الله ﷺ نص على أنها نافلة كما في حديث جابر الذي تقدم ذكره.

(٢) فتح العزيز ٤/ ٣٠٣، والمجموع ٤/ ٢٢٥، وإتحاف السادة المتقين ٣/ ٥٢١.

(٣) كالآمدي والرازي. الإحكام للآمدي ١/ ١٥٦، والمحصول ١/ ق١/ ١٤٩.

(٤) المستصفى ١/ ٩٦.

(٥) وخلاصة القول في هذه المسألة: (هل ما يؤدى خارج وقته قضاء حقيقة أم مجازاً؟) فيهما رأيان.

الأول: وهو رأي جمهور العلماء: أنه يسمى قضاء مطلقاً سواء ثبت وجوبه في الوقت أم لم يثبت، ويكفي ثبوته جملة، فمن ترك الصلاة في وقتها عمداً أو أفطر في رمضان أو كان وقت وجوب الصوم مسافراً أو مريضاً أو كانت حائضة أو نائماً أو مغمى عليه ثم أداها بعد خروج الوقت فهو قضاء حقيقة.

والثاني: وهو رأي أصحاب الحديث: أن القضاء خاص بمن فاته الواجب مع وجود سبب.

أما إذا لم يثبت وجوب الأداء كالمسافر والمريض والنائم أو كانت حائضاً فلا يسمى قضاء حقيقة، بل مجازاً، لأن القضاء مبني على وجوب الأداء وهو ساقط عنهم بالاتفاق. الإحكام للآمدي ١/ ١٥٦، والمحصول ١/ ق١/ ١٤٩، وميزان الأصول ١/ ١٧٢.

فائدة

ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: (من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة)[١].

وهذا له ثلاثة اعتبارات:

الأول:

أن يدرك ذلك بالفعل مع اتصافه قبله بصفة الوجوب، وقد تقدم: أن من فعل ركعة في آخر الوقت وأتم الصلاة بعد الوقت أن الكل أداء على الصحيح لظاهر هذا الحديث.

وقيل: الكل قضاء.

وقيل: المأتي به في الوقت أداء والباقي قضاء[٢].

أما إذا كان الواقع في الوقت أقل من ركعة فطريقان:

المذهب: أن الكل قضاء عملاً بمفهوم الحديث.

وقيل: تطرد الأوجه الثلاثة[٣].

ويبنى على هذا أمور:

منها: قصر الصلاة بالنسبة إلى السفر والحضر، حيث اختلف فيه في التدارك بالقضاء[٤].

ومنها: أنه على القول بأن الكل قضاء أو البعض لا يجوز تعمد التأخير إلى أن يوقع مثل ذلك في الوقت[٥].

وأما على القول بأن الكل أداء، فجزم البندنيجي بجواز التأخير[٦] وتردد فيه الشيخ أبو محمد وقطع ولده الإمام وغيره[٧] بأن ذلك لا يجوز، وهو الذي صححه

---

(١) صحيح البخاري بشرح فتح الباري وصحيح مسلم بشرح النووي ٥/ ١٤.

(٢) تقدم تحقيقه ص(٢٣٦) هامش (١١).

(٣) وهو ما حكاه القاضي حسين وآخرون. المجموع ٣/ ٦٣.

(٤) صلاة السفر إذا قضيت بالحضر هل تقضى مقصورة أو تصلى كاملة؟ فيه خلاف: يقول النووي: وحيث قلنا الجميع قضاء أو البعض لم يجز للمسافر قصر تلك الصلاة على قولنا لا تقصر المقضية. المجموع ٣/ ٦٣.

(٥) المجموع ٣/ ٦٣، وقال: بلا خلاف.

(٦) وقال عنه النووي: وليس بشيء. المجموع ٣/ ٦٣.

(٧) كالبغوي. المجموع ٣/ ٦٣.

الأكثرون[١].

ومنها: أنه إذا شرع في الصلاة وقد بقي من الوقت ما يسعها فمد في القراءة حتى خرج الوقت قبل فراغها، ففيه ثلاثة أوجه:

أصحها: أن ذلك لا يحرم ولا يكره بل هو خلاف الأولى.

والثاني: أنه يكره.

والثالث: يحرم، حكاه القاضي حسين[٢].

الاعتبار الثاني:

أن يزول العذر قبل خروج الوقت بركعة، مثل أن يسلم الكافر، ويبلغ الصبي، وتطهر الحائض، ونحو ذلك، فيلزمهم الصلاة بمعنى أنها تستقر في ذمتهم ويجب قضاؤها، والمعتبر في ذلك أخف ركعة تجزئ.

وقال الشيخ أبو محمد تكفي ركعة مسبوق، وهل يشترط مع ذلك زمن الطهارة؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا يشترط[٣].

واختلف قول الشافعي رضي الله عنه فيما إذا أدرك أحد هؤلاء مقدار أقل من ركعة، بل قدر تكبيرة فما فوقها.

وأصحها باتفاقهم[٤]: أنه تجب الصلاة بذلك وتستقر في الذمة[٥].

وتوسع الشافعي في ذلك، والأصحاب قالوا: إذا أدرك[٦] هذا القدر من آخر وقت العصر وجبت به الظهر أيضاً وكذلك المغرب مع العشاء[٧]، ثم الشرط في كل ذلك أن

---

(١) المجموع ٣/ ٦٣.

(٢) المجموع ٣/ ٦٣.

(٣) المجموع ٣/ ٦٥.

(٤) أي الأصحاب.

(٥) لأنه أدرك جزءاً منه كإدراك الجماعة، والرأي الثاني: لا، قياساً على الجمعة. المجموع ٣/ ٦٥.

(٦) عبارة: [أحد هؤلاء مقدار. قالوا إذا أدرك] كتبت على هامش أ بخط غير واضح وقسم منه ممسوح.

(٧) واستدلوا على ذلك بأنهما كالصلاة الواحدة، ووقت أحدهما وقت للأخرى في حق المعذور بسفر ومطر، وفي مقدار الوقت الذي يجب به الظهر مع العصر أو المغرب مع العشاء خلاف. الروضة ١/ ١٨٧-١٨٨.

تمتد السلامة من المانع قدر إمكان تلك الصلاة مع الطهارة، حتى إنه لو طهرت الحائض، ثم جنبت قبل ذلك الوقت، لم يستقر عليها فرض[١].

وقد طرد أبو يحيى البلخي القول بمثل هذا الإدراك في أول الوقت. فقال: يستقر الوجوب بإدراك مثل ذلك، وإن لم يمض زمن يسع الطهارة وفعل الصلاة[٢].

وخالفه الجمهور وفرقوا بأنه إذا أدرك ذلك من آخر الوقت أمكنه إتمام الصلاة، إما أداء أو قضاء، ولهذا اشترطوا بقاءه مكلفاً إلى آخر الوقت إمكان ذلك، بخلاف أول الوقت فإنه لما لم يدرك إمكان ذلك لم يستقر في ذمته شيء[٣].

الاعتبار الثالث:

إدراك الجماعة، وقد ذهب الغزالي إلى أنه لا يكون المسبوق مدركاً لفضيلة الجماعة إلا بإدراك ركعة مع الإمام[٤].

والصحيح الذي قاله الجمهور: أنه يكون مدركاً لها بأدنى جزء لأنه أدرك تكبيرة الإحرام وهي من الصلاة.

نعم، اتفقوا على ذلك في الجمعة فلا يكون مدركاً لها حتى يدرك مع الإمام ركعة كاملة، ومتى أدرك دون ذلك أتمها ظهراً، وفيه حديث[٥] يدل عليه، والله أعلم.

---

(١) المجموع ٣/ ٦٥.

(٢) المجموع ٣/ ٧٠، والروضة ١/ ١٨٩.

(٣) المهذب بشرح المجموع ٣/ ٦٧.

(٤) الوسيط للغزالي ٢/ ٦٩٦، قال عنه النووي في الروضة ١/ ٣٤١ وهو شاذ متروك.

(٥) وهو قوله ﷺ: (من أدرك من الجمعة ركعة فليصل إليها أخرى). أخرجه ابن ماجه وقال محمد فؤاد عبد الباقي في تعليقه على الحديث في الزوائد: في إسناده عمر بن حبيب متفق على ضعفه.
وفي رواية ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: (من أدرك ركعة من صلاة الجمعة أو غيرها فقد أدرك الصلاة) المصدر السابق.
وفي الترمذي عقد باب «من أدرك من الجمعة ركعة» وذكر تحته الحديث: (من أدرك من الصلاة ركعة فقد أدرك الصلاة). ثم قال: والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم فقد قالوا: من أدرك ركعة من الجمعة صلى إليها أخرى، ومن أدركهم جلوساً صلى أربعاً، وإليه ذهب سفيان الثوري وابن المبارك والشافعي وأحمد وإسحاق. سنن الترمذي ٢/ ٤٠٣.

فائدة

العبادات تنقسم إلى ما يقبل الأداء والقضاء وهو معروف، وإلى ما لا يتصف بواحد منهما كما تقدم[1] مما ليس له وقت محدود، وإلى ما يقبل الأداء دون القضاء كصلاة الجمعة، وإلى ما لا يقضى إلا في وقته كالحج، وإلى ما يقضى في جميع الأوقات كالصلوات، وإلى ما يجب قضاؤه على الفور كالحج والعمرة إذا فسدا والصلاة المتروكة عمداً، وإلى ما هو على التراخي كالذي فات أو تأخر لعذر، وإلى ما يتعذر وقت قضائه كصوم رمضان فإنه مقدر إلى رمضان الثاني، ولا يجوز تأخيره بعد ذلك إذا تمكن منه، والله أعلم.

قاعدة

ما لا يتم الواجب المطلق إلا به وكان مقدوراً للمكلف فإنه واجب.

وهي مشهورة[2]، ويتخرج عليها مسائل.

---

(١) كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وغيرهما مما تقدم.

(٢) وتتلخص المسألة في أن الفعل الذي لا يتم الواجب إلا به. :

● إما أن يكون جزءاً له، فهذا قد اتفقوا على أن إيجاب الواجب يوجب جزءه.

● وإما أن يكون سبباً له.

● وإما أن يكون شرطاً له.

وهذان إما أن يكونا غير مقدورين للمكلف.

وهذه الحالة اتفقوا فيها على أن إيجاب الواجب لا يوجبه.

وإن كانا مقدورين للمكلف ففيها حالتان:

١ - إما أن يكون إيجاب الواجب مقيداً بحصولهما.

وفي هذه الحالة يكون كل من السبب والشرط غير واجب بوجوب الواجب لأن الواجب نفسه لا يجب إلا بعد حصولهما.

٢- وإما أن يكون الواجب غير مقيد بحصولهما، وهذه هي الحالة التي اختلف فيها الأصوليون على مذاهب:

الأول: أنها تجب بوجوب الواجب مطلقاً سواء كان السبب شرعياً كالوضوء أو عقلياً كالنظر للعلم أم كانت شرطاً شرعياً أو عقلياً أم عادياً فإنه لو لم يجب لجاز ترك الواجب المتوقف عليه، وهو مذهب الجمهور.

الثاني: أنه لا يجب بوجوب الواجب مطلقاً لأن الدال على وجوب الواجب ساكت عنه.

الثالث: أنها تجب إن كانت سبباً مطلقاً ولا تجب إن كانت شرطاً.

الرابع: وهومذهب إمام الحرمين وابن الحاجب أنها إن كانت شرطاً شرعياً وجبت بوجوب =

منها[1]: إذا نسي صلاة من الخمس، ولم يعرف عينها فيلزمه أن يصلي الخمس وينوي لكل منها الفرض كما تقدم، لأنه لا يخرج عن المنسية بيقين إلا بذلك[2]، فلو كان بالتيمم فوجهان:

أحدهما قاله ابن سريج والخضري[3] واختاره القفال: يلزمه لكل واحدة منها تيمم[4] إذ الكل يتصف بالوجوب، واحدة بالذات والأخريات لعلة الاشتباه، وإن بها يتوصل إلى أداء ما عليه وهذا جار على هذه القاعدة.

والثاني: أنه يكفيه تيمم واحد للجميع نظراً إلى أن الواجب أحدها فقط، والباقي بطريق التبع لا الأصالة، وبه قطع ابن القاص وابن الحداد وجمهور الأصحاب وصححه المصنفون منهم[5].

قال الشيخ أبو علي السنجي[6] وغيره[7] إنَّ الخلاف يتفرع على المذهب أنه لا يجب تعيين الفريضة في نية التيمم، فإن قلنا بالوجه المرجوح أنه يجب ذلك تيمم لكل صلاة قطعاً.

= الواجب وإن كانت شرطاً عقلياً أو عادياً لم تجب بوجوبه وذلك يسري على السبب أيضاً.
المحصول ١/ ق٢/ ٣١٧ وهامش ٢ منه ص٣٣٠، والإحكام للآمدي ١/ ١٥٧، ومنتهى الوصول لابن الحاجب ١/ ٩٠، والمستصفى ١/ ٧١، وشرح الجلال على جمع الجوامع ١/ ١٩٢.

(١) أ‌ك [الفرض كما تقدم لأنه إذ] والصحيح ما أثبتناه وكان هذه الزيادة اشتباه من الناسخ بتقديم العبارة اللاحقة لهذا الكلام.

(٢) فتح العزيز ٢/ ٣٤٤، ونقل عن المزني قوله «إنه يكفيه أربع ركعات ينوي بها فائتة، يجلس في الثانية والثالثة والرابعة ويسجد للسهو»، ورد عليه الشيرازي في المهذب وقال: هذا غير صحيح لأن تعين النية شرط في صحة الصلاة، ولا يحصل ذلك إلا بأن يصلي خمس سنوات بخمس نيات. المجموع ٣/ ٧١ و٢/ ٢٩٥، والمحصول ١/ ق٢/ ٣٢٥.

(٣) الخضري: هو محمد بن أحمد الخضري المروزي أقام بمرو ناشراً للفقه ومرغباً به، وكان شيخ عصره يضرب به المثل في قوة الحفظ وقلة النسيان، توفي سنة ٣٨١هـ. طبقات الأسنوي ١/ ٤٦٩، وشذرات الذهب ٣/ ٨٢.

(٤) فتح العزيز ٢/ ٣٤٤، والمجموع ٢/ ٢٩٦ وقال النووي: فيه: فعلى هذا قال البندنيجي: يجب لكل واحدة طلب الماء ثم التيمم.

(٥) فتح العزيز ٢/ ٣٤٥، والمجموع ٢/ ٢٩٦.

(٦) أ: البيجي وهو: الشيخ أبو علي بن شعيب. كان من أجل أصحاب القفال وكان إمام زمانه في الفقه وشرح المختصر شرحاً مطولاً وشرح التلخيص وسنج قرية من قرى مرو توفي سنة ٤٥٧هـ. انظر طبقات الشافعية للحسيني ١٤٢- ١٤٣.

(٧) كأبي الحسن بن المرزبان. المجموع ٢/ ٢٩٦.

واختار الدارمي[1]: أن الخلاف جار، وإن قلنا: يجب تعيين الفريضة، ومال إليه الرافعي[2].

أما إذا نسي صلاتين من يوم وليلة، ففيه طريقان:

قال ابن القاص: يتيمم لكل صلاة[3].

وقال ابن الحداد: يتيمم أولاً فيصلي به الصبح والظهر والعصر والمغرب، ثم يتيمم ثانياً فيصلي به الظهر والعصر والمغرب والعشاء، فيبرأ عما عليه بيقين.

ورجح الأصحاب هذه الطريقة[4] وذكروا لها ضابطاً طويلاً لسنا بصدده[5].

فإن كانت الصلاتان المنسيتان من يومين، فإن كانتا متخالفتين فهو كما لو كانتا من

---

(١) الدارمي: هو أبو الفرج محمد بن عبد الواحد الدارمي، نسبة إلى دارم بن مالك بطن من بطون تميم، فقيه شافعي يحسن الفقه والحساب ويقول الشعر، انتقل من بغداد إلى الرحبة ثم استوطن دمشق، له مصنفات منها الاستذكار ومنها جامع الجوامع ومودع البدائع، توفي سنة ٤٤٨هـ. طبقات الأسنوي ١/ ٥١٠، وكشف اظنون ١/ ٥٣٩.

(٢) المجموع ٢/ ٢٩٦.

(٣) المجموع ٢/ ٢٩٦، وحلية الأولياء ١/ ٦٢٥.

(٤) المجموع ٢/ ٢٩٦.

(٥) ذكر النووي أن لهذه الطريقة ضابطين:

الأول: أن يضرب عدد المنسي في عدد المنسي منه ثم يزيد المنسي على ما حصل من الضرب ويحفظ مبلغ المجتمع، ثم يضرب المنسي في نفسه فما بلغ نزعته من الجملة المحفوظة فما بقي فهو عدد ما يصلي، وأما عدد التيمم فبقدر المنسي، مثاله في هذه المسألة: أن تضرب اثنين في خمسة ثم تزيد عدد المنسية فيجتمع اثنا عشر، ثم تضرب اثنين في اثنين فذاك أربعة فتنزعها من الاثني عشر، تبقى ثمانية، وهو ما يصلى، ويكون بتيممين على عدد المنسيتين.

جدول توضيحي بالأرقام:

٥×٢= ١٠+٢=١٢

٢×٢=٤

١٢-٤=٨

الثاني: تزيد عدد المنسي منه عدداً لا ينقص عما بقي من المنسي منه بعد إسقاط المنسي، وتقسم المجموع صحيحاً على المنسي.

مثاله في هذه المسألة: المنسي صلاتان، والمنسي منه خمس تزيد عليه ثلاثة لأنها لا تنقص عما بقي من الخمسة بعد إسقاط الاثنين، والمجموع هو ثمانية تنقسم على الاثنين صحيحاً. المجموع ٢/ ٢٩٦-٢٩٧.

يوم واحد، وإن كانتا متفقتين، ففيهما الوجهان المتقدمان، على قول ابن سريج: يصلي عشر صلوات كل صلاة بتيمم، وعلى قول الأكثرين يصلي كل خمس بتيمم، فيلزمه تيممان[١].

ومنها: إذا خفي عليه موضع النجاسة من الثوب الذي يصلي فيه لزمه غسله كله، لأنه لا يتيقن صحة صلاته إلا بذلك.

وإن كانت في بساط يصلي عليه، أو أرض صغيرة، أو بيت، ونحو ذلك، فالصحيح أنه لا بد من غسل الجميع، كما في الثوب الذي يصلي فيه.

ولا يهجم على موضع فيه بناء على أن الأصل فيه الطهارة، وقيل: يفعل ذلك، وهو ضعيف، لأن أصل الطهارة قد زال بتيقن إصابة النجاسة[٢].

ومنها: أجرة الكيال في المبيع كيلاً هي على البائع، لأن عليه تسليم المبيع، وذلك من تتمته ومؤنة الوزن في الثمن الذي في الذمة على المشتري لذلك أيضاً.

وفي الصيرفي وجهان: حكاهما في الحاوي[٣].

ومنها: إذا كرى دابة للركوب فعليه الإكاف[٤] والبرذعة[٥] والحِزام[٦] والثَّفَر[٧] والبُرَة[٨] والخِطام[٩] لأنه لا يتمكن من الركوب إلا بذلك، وفي السرج[١٠] للفرس وجهان[١١]، ووجه المنع اضطراب العادة فيه.

---

(١) فتح العزيز ٢/٣٤٨، والمجموع ٢/٢٩٨.

(٢) المجموع ٣/١٥٣.

(٣) الحاوي ٥/٢٢٨.

(٤) الإكاف: شبه الرحال والأقتاب، يقال أوكف الدابة أي وضع عليها الإكاف. لسان العرب ١/ ٧٧.

(٥) البَرْذَعة: الحِلس الذي يلقى تحت الرجل. ١/ ١٩٠.

(٦) الحزام: اسم لما يحزم به، يقال احتزم الرجل، إذا شد وسطه والحزام للرحل والسرج والدابة والصبي في مهده. لسان العرب ١/ ٦٢٦.

(٧) ب: بعر، والثفر: هو السير في مؤخر السرج. لسان العرب ١/ ٣٦١.

(٨) البرة: الحلقة التي توضع في أنف البعير ليسهل قياده. اللسان ١/ ٢٠٥.

(٩) الخِطام: الحبل الذي تقاد به الدابة. اللسان ١/ ٨٦١.

(١٠) السرج: رحل الدابة. اللسان ٢/ ١٢٧.

(١١) قال النووي في الروضة ٥/ ٢١٩ ثلاثة أوجه، الثالث: اتباع العادة، ونقل تصحيح الرافعي له.

وحكي وجه ضعيف في الأوليات أن الكل على المكتري[1].

وفصل البغوي وأطلق اللزوم فيما عدا السرج والإكاف والبرذعة وفرق في الثلاثة بين أن تكون الإجارة على عين الدابة فتكون على المكتري، أو في الذمة فتكون على المؤجر، لأنه من تتمة التمكين من الانتفاع[2] وكذلك قالوا فيما إذا اكترى لحمل متاع، فأوعية المحمول على المكري إن وردت الإجارة على الذمة وعلى المكتري إن كانت على عين الدابة[3].

وكذلك الكلام في الحبل والرِّشاء في الإكراء للاستقاء كالأوعية سواء، والله أعلم.

ومنها: إذا اختلطت زوجته بأجنبية أو أجنبيات محصورات، وجب عليه الكف عن الجميع حتى يتبين الحال[4] بخلاف غير المحصورات فإن الاجتناب هنا يشق[5].

قاعدة

ثبت عنه ﷺ أنه قال: **(إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم)**[6] متفق عليه، فمتى قدر على الإتيان ببعض الواجب كالركوع والسجود وغير ذلك أتى به، واختلف في صور:

---

(١) وينسب هذا الرأي إلى أبي الحسن العبادي. الروضة ٥/ ٢١٩.

(٢) الروضة ٥/ ٢١٩.

(٣) الروضة ٥/ ٢٢٠.

(٤) فالكل حرام، الأجنبية بعلة كونها أجنبية، وفي زوجته بعلة الاشتباه بالأجنبية. المحصول ١/ ق٢/ ٣٢٨.

ولا أدري كيف يقرر العلائي ذلك؟ فالرجل لا يجوز أن يأتي إلا زوجته، فإذا اختلطت مع غيرها، وجب عليه الكف عن الجميع، سواء كن محصورات أو غير محصورات.

(٥) ذكر المصنف تحت قاعدة مقدمة الواجب أربع مسائل، والواقع أن اثنتين منها تدخل تحت قاعدة مقدمة المحرم، والتي تعني وجوب ترك مقدمة المحرم لتوقف تركه عليه، فلو تعذر ترك المحرم إلا بترك غيره الجائز، وجب على المكلف ترك الجائز لتوقف ترك المحرم عليه، فهنا حرم استعمال جميع البساط أو الثوب في الصلاة لأنه لا يتأتى لنا ترك النجاسة التي حلت بها إلا بترك الجميع، وكذلك ما لو اشتبهت الزوجة بالأجنبية حرم الكل، لأن الأجنبية لا يجوز وطؤها ولا يحصل العلم بترك هذا الحرام إلا بالكف عنها وعن زوجته. الوجيز في أصول التشريع الإسلامي ص٧٤.

(٦) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١٣/ ٢٥١، وصحيح مسلم بشرح النووي ٩/ ١٠١ واللفظ له، وابن ماجه ١/ ٣، والنسائي ٥/ ١١٠.

منها: إذا وجد من الماء بعض ما يكفي لوضوئه ولغسله فقولان:

الأصح بالاتفاق: أنه يستعمله ويتيمم عن الباقي.

والثاني: يتيمم ويجعل وجوده كالعدم[١].

وكذلك إذا وجد ما يشتري به بعض الماء الذي يكفيه[٢].

ومنها: إذا وجد من الماء بعض ما يكفيه ولم يجد تراباً للتيمم، فطريقان:

المذهب أنه يستعمله قطعاً لعدم البدل[٣] وقيل: يطرد القولان[٤].

ومنها: إذا كان بجسده جرح يمنعه من استيعاب الماء، فطريقان أيضاً:

أظهرهما: القطع بأنه يغسل الصحيح ويتيمم عن الجريح.

والثانية: إجراء القولين، كمن لم يجد إلا بعض ما يكفيه[٥]، وهي طريقة أبي إسحاق المروزي وابن أبي هريرة[٦].

وفرق الجمهور بينهما بأن العجز هناك ببعض الأصل وهاهنا ببعض البدل وحكم الأمرين مختلف، كما إذا عجز عن بعض الرقبة في الكفارة ينتقل إلى البدل، ولو كان نصفه حراً لم يكن العجز بالرق في البعض كالعجز بالجميع، بل إذا ملك بنصفه الحر مالاً لزمه أن يكفر به[٧].

ومنها: إذا وجد العادم للماء ثلجاً أو برداً لا يقدر على إذابته وهو محدث. ففي وجوب استعماله في مسح الرأس وتيممه عن باقي الأعضاء طريقان:

أظهرهما: القطع بعدم وجوبه، لأن الترتيب واجب، ولا يمكن استعمال هذا في الرأس قبل التيمم عن الوجه واليدين، ولا يمكن التيمم مع وجود ماء يجب استعماله.

والطريق الثاني: أنه على القولين، فإذا قلنا بوجوب استعماله يتيمم مرتين، وبه

---

(١) المهذب بشرح المجموع ٢/ ٢٦٨.

(٢) المجموع ٢/ ٢٦٩.

(٣) وبه قطع المتولي ونقله الروياني عن الأصحاب. المجموع ٢/ ٢٦٩.

(٤) المصدر السابق.

(٥) أحدهما: يجب غسل الصحيح والتيمم، والثاني: يكفي التيمم.

(٦) المجموع ٢/ ٢٨٨.

(٧) المهذب ١/ ٣٦.

يندفع المحذور المتقدم، وقد رجحه الشيخ محيي الدين رحمه الله في شرح المهذب[١] وفيه نظر[٢].

ومنها: إذا وجد تراباً لا يكفيه للوجه واليدين، ولا ماء عنده، ففيه طريقان:

أظهرهما: القطع بوجوب استعماله وهي طريقة الجمهور.

والثانية: تخريجه على القولين ورجحهما الشاشي[٣] في المعتمد[٤][٥].

ومنها: إذا وجد من الماء ما يغسل به بعض النجاسة التي عليه، فالصحيح القطع بوجوب غسل ما أمكن منها، وفيه وجه حكاه القاضي حسين أنه لا يجب ذلك، لأنه لا يسقط فرض الصلاة[٦].

ومنها: إذا مات رجل ومعه ماء لنفسه لا يكفيه لغسل جميعه. فهو على القولين المتقدمين. وقال صاحبا الحاوي، والبحر[٧]: إن قلنا يجب استعمال الناقص وجب على رفيقه غسله به وتيممه عن الباقي، وإن قلنا: لا يجب. اقتصر على التيمم، ولو غسله به ضمن قيمته لورثته، لأنه أتلفه من غير حاجة[٨].

وقال النووي: في هذا نظر لأنهم اتفقوا على استحباب استعمال الناقص إذا قلنا لا يجب فينبغي أن لا يضمن، ثم قال: ويمكن أن يقال استحبابه يتوقف على رضى المالك

---

(١) المجموع ٢/ ٢٦٩.

(٢) لكونه جمع بين البدل والمبدل منه.

(٣) الشاشي هو: محمد بن أحمد بن الحسين الشاشي تفقه على مشايخ عصره كالشيرازي أبي إسحاق وابن الصباغ وغيرهما، وجد واجتهد حتى انتهت إليه رئاسة الشافعية بعد وفاة مشايخه، له مصنفات منها: حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، والمعتمد، والشافي في شرح الشامل في عشرين مجلداً، توفي سنة ٥٠٧هـ.
وفيات الأعيان ٣/ ٢٥٦، وطبقات الأسنوي ٢/ ٨٦.

(٤) المعتمد: كتاب في فروع الشافعية للشاشي، وهو شبيه بكتاب حلية العلماء المعروف بالمستظهري، لأنه صنفه للخليفة المستظهر بالله العباسي. كشف الظنون ١/ ٦٩٠ و٢/ ١٧٣٢.

(٥) المجموع ٢/ ٢٧٠.

(٦) المجموع ٢/ ٢٧٠.

(٧) البحر هو: كتاب للروياني في فروع الشافعية واسمه بحر المذاهب وهو اسم على مسمى. شذرات الذهب ٤/ ٤، وكشف الظنون ١/ ٢٢٦.

(٨) الحاوي ١/ ٣٥٤.

به ولم يوجد[1]، قلت: وهذا هو الأصح.

ومنها: إذا كان محدثاً حدثاً أصغر أو أكبر وعلى بدنه نجاسة، ولم يجد من الماء إلا ما يكفي أحدهما، فيتعين عليه غسل النجاسة اتفاقاً، لأنه ليس لها بدل وللطهارة عن الحدث بدل، وخص القاضي أبو الطيب ذلك بما إذا كان مسافراً، قال: فإن كان حاضراً فغسل النجاسة به أولى، يعني لا يتعين لأنه لا بد من إعادة الصلاة سواء غسل النجاسة أو توضأ[2].

قلت: لكن يرد عليه أن الصلاة مع النجاسة أشد منافاة فيها بالتيمم.

ومنها: إذا كان محرماً وعلى بدنه طيب وهو محدث ومعه من الماء ما يكفي أحدهما فقط. فإن أمكنه أن يتوضأ ثم يجمعه ويغسل الطيب لزمه ذلك، وإن لم يمكنه ذلك لزمه غسل الطيب به لما تقدم في التي قبلها من أن الطهارة عن الحدث لها بدل بخلاف هذا[3]، ولم يتعرضوا لهذا التفصيل في التي قبلها[4]، وكان ذلك تفريعاً على قول الجمهور[5] إنَّ المستعمل في الحدث لا يستعمل في الخبث، أما على قول الأنماطي وابن خيران إنه يستعمل ذلك وقدر في المسألة المتقدمة على الوضوء والغسل به ثم جمعه وغسل النجاسة به فيلزمه ذلك[6].

ومنها: إذا كان عليه نجاسة وطيب وهو محرم، ولم يجد إلا ماء يغسل به أحدهما، غسل النجاسة، لأنها أغلظ من الطيب وتبطل الصلاة بها بخلاف الطيب[7].

ومنها: إذا عدم ساتر العورة وماء الطهارة ووجدهما يباعان بثمن المثل ومعه ثمن أحدهما، وجب شراء السُّترة، لأنه لا بدل لها بخلاف الطهارة والنفع بها يدوم، وأيضاً تجب في غير الصلاة بخلاف الطهارة[8].

ومنها: إذا وجد ما يستر به بعض العورة وجب عليه السَّتر بلا خلاف ويتعين وهل

---

(١) المجموع ٢/ ٢٧٠.
(٢) المجموع ٢/ ٢٧٠-٢٧١.
(٣) المجموع ٧/ ٢٨١.
(٤) العبارة: [من أن الطهارة.. لهذا التفصيل من التي قبلها] سقطت من ج.
(٥) المجموع ١٠/١٥٦.
(٦) المجموع ١/ ١٥٦.
(٧) المجموع ٧/ ٢٨١.
(٨) المجموع ٢/ ٢٧١.

عليه ستر القبل والدبر لأنهما أفحش، وهل ذلك على سبيل الوجوب فيبطل عدمه الصلاة أو الاستحباب؟ وجهان: أصحهما الأول، واختاره الغزالي[1]، فإن لم يجد إلا ما يستر به أحدهما فأوجه:

أحدها: يستر القبل وهو نص الشافعي في الأم[2].

والثاني: يستر الدبر.

والثالث: يتخير بينهما.

والرابع: تستر المرأة القبل والرجل الدبر، وهل ذلك على وجوب أو استحباب؟ فيه الوجهان[3].

ومنها: إذا أحسن بعض الفاتحة، وجبت قراءته بلا خلاف، وهل يجب عليه تكراره حتى يكمل به قدر الفاتحة؟

إن لم يحسن غيره وجب ذلك، وإن أحسن شيئاً غيرها من القرآن فالأصح أنه يأتي لباقيها بدلاً منه.

وقيل: يجب تكرار ما يحسنه من الفاتحة حتى يكون بقدرها.

وكذا الكلام إن كان يحسن ذكراً، لكنه لا يعدل إلى الذكر إلا بعد العجز عن القرآن[4].

ومنها: إذا ملك مائتين من الإبل ولم يجد في إبله إلا حِقّتين وثلاث بنات لَبُون مثلاً، فله أن يجعل الحِقاق أصلاً ويدفعها مع بنتي لبون وجبرانين، وأن يجعل بنات اللبون أصلاً فيدفعها مع حقتين ويأخذ جبرانين.

وهل له أن يدفع حقة مع ثلاث بنات لبون وثلاث جبرانات؟ فيه وجهان؟

أصحهما: يجوز ذلك وليس له أن يخرج حقتين وبنتي لبون ونصفها بالاتفاق لما فيه من التشقيص[5].

---

(١) الوسيط ٢/ ٦٥٢، والمجموع ٣/ ١٨٨.

(٢) الأم ١/ ١١٢.

(٣) المجموع ٣/ ١٨١.

(٤) الروضة ١/ ٢٤٦.

(٥) الروضة ٢/ ١٦٠، والتشقيص: تقطيع الذبيحة.

ومنها: إذا وجد فاضلاً عما يحتاج إليه نصف صاع، فهل يخرجه في الفطرة؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، محافظة على الواجب بقدر الإمكان للحديث[1].

والثاني: لا، لما سيأتي في الكفارة.

ومنها: إذا وجد في الكفارة المرتبة نصف رقبة، اتفق الأصحاب على أنه لا يعتقها بل ينتقل إلى الصيام، ووجه ذلك: أن إيجاب بعض الرقبة مع صيام الشهرين جمع بين البدل والمبدل منه، وصيام شهر مع عتق نصف الرقبة تبعيض الكفارة[2].

ومنهم من وجهه بأن الشارع له شوق إلى تخليص الرقبة من الرق، وهنا لم يحصل، ويرد عليه أنه لو وجد نصف رقبة وباقيها حر، فينبغي أن يعتقه ويكمل بنصف الصيام.

وقد قالوا فيما إذا أعتق نصف عبدين أن الصحيح من ثلاثة أوجه:

أن الباقي منهما إن كان حراً أجزأ، وإلا لم يجزىء، ولو لم يجد إلا نصف رقبة وكان عاجزاً عن الصيام والإطعام ففيه وجه أنه يعتقه ويستقر النصف الآخر في ذمته، والجمهور أن الكفارة تستقر في ذمته ويجعل وجود هذا النصف كعدمه.

قال الإمام: ولو انتهى في الكفارة إلى المرتبة الأخيرة ولم يجد إلا إطعام ثلاثين مسكيناً مثلاً فيتعين عندي إطعامهم قطعاً، هكذا جزم به[3].

وذكر غيره فيه وجهاً آخر: أنه لا يجزئه بناء على ما تقدم في نصف الرقبة، والفرق ظاهر.

ثم إذا أطعم البعض فهل يسقط الباقي عن ذمته أو يستقر؟

فيه الخلاف المعروف فيما إذا عجز عن الجميع[4] والله أعلم.

قاعدة

الواجب الذي لا يتقدر كمسح الرأس مثلاً، إذا زاد فيه على القدر المجزىء هل يتصف الجميع بالوجوب؟

---

(١) قوله ﷺ: (إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم) تقدم تخريجه ص(٢٨٣).

(٢) الروضة ٨/ ٣١٠.

(٣) الروضة ٨/ ٣٠٨.

(٤) والخلاف هو: هل تستقر في ذمته؟ أو لا شيء عليه؟ الأول: هو الأظهر. الروضة ٨/ ٣٠٨.

فيه خلاف بين أئمة الأصول، والأكثر منهم على أنه لا يوصف بذلك إلا القدر الذي يذم على تركه[1]، وتكلم الأصحاب في صور منه:

منها: مسألة مسح الرأس إذا مسح جميعه، وفيه وجهان:

صحح النووي في موضع[2] أن الكل يتصف بالوجوب، وفي موضع: أن الزائد على القدر المجزىء: تطوع[3].

ثم اختلفوا في أن محل الخلاف ما إذا مسح الجميع دُفعة واحدة، فإن مسح مرتباً كان الزائد نفلاً قولاً واحداً، أم لا فرق بين الصورتين؟ على وجهين:

وصحح النووي في شرح المهذب أنه لا فرق[4].

ومنها: لو طول القيام في الصلاة أو الركوع والسجود، ففي الزائد الوجهان:

واختلف كلام النووي في التصحيح كما تقدم.

ومنها: لو نذر شاة في الذمة، إما هدياً أو أضحيَّة، فذبح مكانها بَدَنة أو بقرة فهل تتصف كلها بالوجوب أم الواجب سُبُعٌ؟ فيه الوجهان:

وقال النووي في هذا: الأصح سُبعها[5]، وصححه صاحب البحر وغيره.

ومنها: لو أخرج بعيراً عن خمس من الإبل، فهل الكل واجب أم خُمُسه، فيه الوجهان.

---

(١) خلاصة المسألة: أن الواجب إما أن يكون متعلقاً بمقدار معين كغسل الوجه واليدين، وإما أن لا يكون متعلقاً بمقدار معين بل متعلقاً على اسم يتفاوت بالقلة والكثرة. وذلك كمسح الرأس، فمسح الجمع يسمى مسحاً ومسح البعض يسمى مسحاً.
والواجب في مسح الراس هو ما يقع عليه اسم مسح ولو ببعض شعرات، فإذا مسح الإنسان زيادة على هذا القدر الواجب - وهو أمر لا بد منه - فهل يكون الزائد الذي مسحه ولم يجب عليه نفلاً لعدم طلبه في الأصل؟ أم أنه واجب؟ لأن الفرض سقط بجميعه؟ رجح الغزالي والرازي وتبعهم العلائي أن الواجب ما يقع عليه الاسم في أول المسح، وأن الباقي نفل يثاب عليه، لأنه لو كان واجباً لما جاز تركه. المستصفى ١/ ٧٣، والمحصول ١/ ق٢/ ٣٣٠.

(٢) وذلك في المجموع باب صفة الصلاة ١/ ٢٣٤، قال: (إذا طول الثلاثة - أي القيام والركوع والسجود - زيادة على ما يجوز الاقتصار عليه فالأصح أن الجميع يكون واجباً. . ومثله الخلاف في مسح جميع الرأس).

(٣) ذكر ذلك في المجموع ١/ ٤٠٣.

(٤) المجموع ١/ ٤٠٣.

(٥) المجموع ٨/ ٤٧١.

قال الرافعي والنووي: الأصح أن الكل واجب وفرقاً بينه وبين ما تقدم بأن الاقتصار على بعض الرأس وسبع البدنة في الأضحية يجزىء ولا يجزىء في الزكاة بعض بعير فكان الكل واجباً[١].

ومنها: لو حلق جميع رأسه في النُّسُك. فهل الزائد على ثلاث شعرات واجب أم لا؟ فيه الوجهان.

وتظهر فائدة الخلاف في هذه الصورة في أمور:

أحدها: الثواب فإن الثواب على الواجب أعظم منه على مثله من النفل لقوله ﷺ حكاية عن الله تعالى: (وما تقرب إلي عبدي بشيء أحبَّ إلي من أداء ما افترضت عليه). أخرجه البخاري[٢].

وثانيها: [أنه] في الهَدْي المنذور إذا قلنا: جميع البعير المخرج عن الشاة واجب، لم يجز له الأكل منه، بخلاف ما إذا قيل الواجب سبعه[٣].

وثالثها: في الزكاة إذا عجل البعير عن الشاة في الخمس من الإبل، ثم ثبت له الرجوع لهلاك النصاب أو استغناء الفقير، فإن قلنا الجميع واجب رجع في جميعه وإلا ففي خمسه فقط[٤].

وذكر الشيخ صدر الدين أن بعضهم خرج على هذه القاعدة قال ـ ولم أظفر في كتاب ـ أن من كشف عورته في الخلاء زائداً على القدر المحتاج إليه، هل يأثم على كشف الجميع أو على القدر الزائد؟

فيه خلاف، قال: وإذا فتح هذا الباب اتسع لهذه الصورة نظائر من المحرمات[٥]، والله أعلم.

قاعدة[٦]

إذا نسخ الوجوب هل يبقى الجواز أم لا؟

(١) فتح العزيز ٥/ ٣٤٧، والمجموع ٥/ ٣٩٦-٣٩٧.
(٢) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١١/ ٣٤٠.
(٣) المجموع ٨/ ٤٧١.
(٤) المجموع ٥/ ٣٩٧.
(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٠٥.
(٦) عبر السيوطي في الأشباه والنظائر ص٣٢٨، والزركشي في المنثور ١/ ١١١ عن هذه القاعدة بقولهم: «إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم».

والجواز يطلق باعتبارين:

أحدهما: هل الفعل بالمعنى الأعم من الوجوب والندب والإباحة والكراهة، وهذا لا قسيم له غير التحريم، وهو نظير الإمكان العام الذي لا قسيم له سوى الامتناع، ويشمل الوجوب والإمكان الخاص.

والثاني: الجواز بمعنى الإباحة التي يستوي فيها الفعل والترك، وهذا قسيم الأحكام الأربعة، وليس جنساً لها قطعاً.

فقولهم: إنَّ الوجوب إذا نسخ هل يبقى الجواز؟ هل المراد به المعنى الأول أو المعنى الثاني؟

فيه اختلاف بين المصنفين(١).

وقد ظن كثير أن المانع(٢) في هذه المسألة هو الغزالي، والمجوز فخر الدين الرازي، لما جلا عنهما كثير من كتب الأصول، وليس الأمر كذلك، بل الخلاف متقدم عليهما، فقد قال الغزالي في مسألة الحوالة الآتي ذكرها: ويضاهي هذا تردد العلماء في أن الوجوب إذا نسخ هل يبقى الجواز؟ وأن من يحرم بالظهر قبل الزوال هل ينعقد نفلاً؟ ومقتضى هذه العبارة تقدم الخلاف.

وقال الباجي من المالكية في كتابه جامع الأصول: الوجوب إذا نسخ لا يتمسك به في الجواز. قاله القاضي أبو بكر، وأبو(٣) محمد بن نصر(٤)، وذهب بعض الشافعية

---

(١) والخلاف فيها في مقامين:
الأول: أن الدليل الدال على الوجوب هل يبقى دالاً على الجواز بعد نسخ الوجوب؟
قال الجمهور إنَّ دلالته باقية، وقال الغزالي: إنها غير باقية ويرجع الأمر إلى ما كان قبل الوجوب.
الثاني: في بقاء الجواز؟ فعند الجمهور يبقى الجواز بقطع النظر عما كان قبل الوجوب، وعند الإمام الغزالي يرجع الأمر إلى ما كان قبل الوجوب من تحريم أو إباحة. المستصفى ١/ ٧٣، والمحصول ١/ق٢/ ٣٤٢ هامش مختصر قواعد العلائي وكلام الأسنوي رقم ١٢/ ١٢٠، ونهاية السول ١/ ٨٠-٨١.

(٢) أي المانع من بقاء الجواز الذي جاء ضمن الوجوب.

(٣) الزيادة من المحقق وهو ما ورد في كتاب أحكام الأصول ص١١٢.

(٤) هو القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن نصر البغدادي المالكي، قال الخطيب البغدادي لم ألق من المالكية أفقه منه. له مؤلفات منها: التلخيص في أصول الفقه، والإشراف على مسائل الخلاف، توفي سنة ٤٢٢هـ. الديباج المذهب ص١٥٩، وشجرة النور الزكية ص١٠٣.

إلى جواز التمسك به[1].

وتتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة[2]:

منها: لو تيمم لفرضين فائتين أو منذورين، وقلنا يسلك بالنذر مسلك واجب الشرع، فهل يبطل تيممه من أصله أو يصح لفرض واحد ويلغى الآخر؟ فيه وجهان:

أصحهما: يصح تيممه لواحد منهما[3]، ووجه التخريج أن الفرضين لا يمكن الإتيان بهما دفعة، ولا أن يجمع بينهما مرتباً فيبطل الثاني.

ثم هل يقتصر البطلان عليه أم يرجع إلى الأصل بالبطلان؟ فيه خلاف.

ومنها: أيضاً إذا نوى بوضوئه رفع حدث معين دون غيره أو نوى استباحة صلاة معينة دون غيرها.

والأصح أيضاً رفعه مطلقاً واستباحة الصلوات مطلقاً ويلغى ما نواه، وهذا إذا كان الحدث الذي نوى رفعه قد وقع منه، فإن لم يكن وتعمد نية ذلك بطل وضوؤه على الأصح لتلاعبه، بخلاف ما إذا كان غالطاً[4].

ومنها: لو نوى بصلاته ما ينافي الفريضة ولا ينافي أصل الصلاة، فهل تبطل الصلاة من أصلها، أم يبطل الفرض ويصير نفلاً؟ فيه قولان مخرجان من نصوص[5]:

أحدها: لو نوى الظهر قبل الزوال غالطاً، نص عليه أنه يصح نفلاً.

وثانيها: لو تحرم بصلاة ثم حضر جماعة يصلون، قال الشافعي رضي الله عنه: أحببت أن يسلم عن ركعتين يكونان له نافلة[6] فيصح النفل مع إبطال الفرض كالتي قبلها.

وثالثها: لو وجد القاعد من نفسه خفة فلم يقم بطلت صلاته.

---

(١) إحكام الفصول في أحكام الأصول ص١١٢.

(٢) ذكر الرافعي والنووي أغلب هذه المسائل. فتح العزيز ٣/ ١٦١، والمجموع ٣/ ٢٨٨.

(٣) فتح العزيز ٢/ ٣٢٣، والمجموع ٣/ ٢٩٣.

(٤) المجموع ١/ ٣٣٤-٣٣٥.

(٥) ج: (صور)، واختلف الأصحاب في الأصح بحسب الصور. المجموع ٣/ ٢٨٦، وقد ذكر أغلب هذه الصور الرافعي في فتح العزيز ٣/ ٢٦٤-٢٦٥، والنووي في المجموع ٣/ ٢٨٦- ٢٨٩.

(٦) فتح العزيز ٣/ ٢٦٤، والمنثور في القواعد ١/ ١١٣.

ورابعها: لو قلب فرضه نفلاً بلا سبب، حكى القاضي ابن كج عن النص بطلانه، فقال الأصحاب في الكل قولان، بالنقل والتخريج، يشهد لصحة النفلية أن ما أتى به إنما ينافي الفرضية لا مطلق الصلاة، والبطلان أن المنوي لم يحصل فغيره أولى، والأظهر تقرير النصوص.

ومنها: إذا وجد المسبوق الإمام راكعاً فأتى ببعض تكبيرة الإحرام في الركوع، فإن كان عالماً بتحريمه فالأظهر البطلان فيه، وإن كان جاهلاً فالأظهر صحتها نفلاً.

ولو نوى الفرض قاعداً وهو قادر على القيام، فهل ينعقد نفلاً أم تبطل من أصلها؟ فيه وجهان كما تقدم.

ومنها: مصلي الجمعة إذا تعذر تكميلها بشروط الجمعة، هل يتمها ظهراً أم لا؟ فيه قولان مخرجان على القاعدة. فإن قلنا: لا يتمها ظهراً فهل تكون نفلاً؟ فيه الخلاف في المسائل السابقة. وإن قلنا: يتمها ظهراً فهل تكون ذلك بنفسها أم لا بد من نية لذلك؟ فيه وجهان: والأصح أنه يتمها ظهراً، وأنه لا يحتاج إلى نية ثانية لذلك[1].

ومنها: إذا أحرم بالحج قبل أشهره، هل يبطل أم ينعقد عمرة؟ فيه خلاف: والأصح انعقاده عمرة لقوة الحج.

ومنها: إذا قال بعت بلا ثمن، هل ينعقد بيعاً ويلغو قوله بلا ثمن، فيكون فاسداً أو يصح؟ فيه قولان مخرجان على هذه القاعدة.

فإن قلنا: يصح، فهل يكون هبة أو إباحة؟ فيه وجهان تقدما.

ولو قبض المعقود عليه وتلف في يده، فإن قلنا يكون بيعاً فاسداً كان مضموناً على قاعدة أن البيع الفاسد له حكم الصحيح في الضمان.

وإن قلنا: هو هبة، فلا يضمن إلا على القول إنَّ الهبة ليس حكم فاسدها حكم الصحيح في الضمان وعدمه[2].

---

(١) قال الرافعي: والأصل الجامع لهذه المسائل أن من أتى بما ينافي الفريضة دون النفلية إما في أول صلاته أو في أثنائها وبطل فرضه فهل تبقى صلاته نافلة أم تبطل مطلقاً؟ فيه قولان: إنهما مأخوذان بالنقل والتخريج من نصوص مختلفة للشافعي رضي الله عنه. فتح العزيز ٣/ ٢٦٤.

(٢) المجموع ٩/ ١٧٢ وقال محقق كتاب خبايا الزوايا: هكذا أطلق الرافعي الوجهين بلا توضيح وتبعه النووي في المجموع، والذي يظهر من هذا الإطلاق مساواتهما، وقال: لكن الشرواني في حاشيته على التحفة يقول: «وعليه فمتى وضع يده عليه ضمن ضمان المغصوب ولا عبرة بإذنه له =

وإن قلنا: إنه إباحة فلم أر فيه نقلاً، والظاهر أنه كالهبة في عدم الضمان، بل أولى.

ومنها: شراء الفضولي[1] كما سيأتي وذلك فيما إذا اشترى شيئاً بعين مال نفسه للغير، بإذنه أو بغير إذنه وصرح بالسِّفارة، فهل تلغو التسمية أم لا؟ فيه قولان.

فإن قلنا: تلغو، فهل يبطل العقد من أصله أم يصح ويقع للعاقد؟ فيه وجهان يتخرجان على هذا الأصل، وفيما إذا اشترى بألف مثلاً ولم يعين في ذمة من هي، وصرح بأن العقد لفلان ولم يكن إذنٌ له، فعلى القول المشهور أنه الجديد هل يبطل العقد أو تلغو التسمية ويقع للمباشر؟

وجهان يرجعان إلى هذه القاعدة وستأتي بقية أقسام هذه المسألة عند الكلام على وقف العقود إن شاء الله تعالى.

ومنها: إذا أحال المشتري البائع بالثمن على رجل ثم وجد بالمبيع عيباً فرده وقلنا: تنفسخ الحوالة فليس للبائع قبض ذلك من المحال عليه[2]، فلو خالف وقبض لم يقع له وفي وقوعه للمشتري المحيل وجهان[3].

قال الغزالي: ووجه وقوعه أن الفسخ ورد على خصوص جهة الحوالة لا على ما تضمنه من الإذن في الأخذ، فيضاهي تردد العلماء في أن الوجوب إذا نسخ هل يبقى الجواز؟ وإن من تحرم بالظهر قبل الزوال هل ينعقد نفلاً؟

وقال الرافعي في الوجهين: أصحهما المنع لأن الحوالة بطلت والوكالة عقد آخر يخالفها، وإذا بطل عقد لم ينعكس عقد آخر[4].

ومنها: إذا وكله وكالة فاسدة فتصرف الوكيل، ففي صحة تصرفه وجهان:

= في قبضه لأنه ليس إذناً شرعياً بل هو لاغ» فعليه يرجع القول بالضمان. خبايا الزوايا ص١٨٨.

(١) الفضولي: من لم يكن ولياً ولا أصيلاً ولا وكيلاً في العقد. الروضة ٣/ ٣٥٣، ومعجم لغة الفقهاء ص٣٤٧.

وقد اختلف الفقهاء في صحة بيعه وشرائه: فذهب الجمهور إلى جوازه بشرط إجازة صاحب الشأن، وقال الشافعي في الجديد وأحمد في رواية بعدم الجواز. فتح العزيز ٨/ ١٢٢، والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد مصطفى شلبي ص٥٢٣ مطبعة دار التأليف - مصر ١٣٨٥هـ- ١٩٦٦م.

(٢) ففي المسألة وجهان: الأظهر الانفساخ. فتح العزيز ١٠/ ٣٤٥، والروضة ٤/ ٢٣٣.

(٣) فتح العزيز ١٠/ ٣٤٦، والروضة ٤/ ٢٣٣- ٢٣٤.

(٤) فتح العزيز ١٠/ ٣٤٦.

قال الرافعي: أصحهما الصحة، لأن الإذن حاصل وقد فسد العقد فصار كما لو شرط في الوكالة عوضاً مجهولاً فقال: بع هذا على أن يكون لك العشر من ثمنه، تفسد الوكالة، ولكن لو باع يصح.

والثاني: وبه قال الشيخ أبو محمد أنه لا يصح لفساد العقد ولا اعتبار بالإذن الذي تضمنه العقد الفاسد، ألا ترى أنه لو باع بيعاً فاسداً وسلم المبيع لم يجز للمشتري التصرف فيه؟ وأنه يضمن المبيع، والتسليم: الإذن في التصرف والتسلط عليه[1].

ثم حكى الرافعي رحمه الله تعالى أن صاحب التتمة قال: إن أصل المسألة ما إذا كان عنده رهن بدين مؤجل، فَأَذِنَ المرتهن في بيعه على أن يعجل حقه من الثمن، وفيه خلاف[2].

قال الرافعي: وهذا البناء يقتضي ترجيح الوجه الثاني، لأن النص وظاهر المذهب هناك فساد الإذن والتصرف[3].

وقال في كتاب الإجارة: إذا استأجر لزراعة الحنطة شهرين، فإن اشترط القلع بعد مضي المدة وكأنه لا يبغي إلا القصيل[4]، وإن شرط الإبقاء فسد العقد للتناقض ولجهالة غاية الإدراك، ثم إذا فسد فللمالك منعه من الزراعة لكن إذا زرع لم يقلع زرعه مجاناً للإذن بل يؤخذ منه أجرة المثل لجميع المدة[5].

وكذلك قال أيضاً في الاستئجار للغراس إذا شرط الإبقاء بعد مدة الإجارة، فهل يفسد العقد؟ فيه وجهان:

رجح الإمام والبغوي: أنه يفسد.

والجمهور قالوا: إنه يصح.

---

(١) فتح العزيز ١١/ ٢٢.

(٢) فقد ذهب أبو حنيفة والمزني وأصحاب أحمد إلى صحة الإذن والبيع، وعلى الراهن الوفاء بالشرط لأن الرهن قد ينتقل من العين إلى البدل شرعاً كما لو أتلف المرهون فجاز أن ينتقل إليه شرطاً.
وذهب المحاملي وغيره إلى الفساد وهو الأصح، أما الشرط فلأن الثمن مجهول عند الإذن وإذا فسد الشرط فسد الإذن، وإذا فسد الإذن فسد المبيع. فتح العزيز ١٠/ ١١٤-١١٥.

(٣) فتح العزيز ١١/ ٢٢-٢٣.

(٤) القصيل: ما اقتصل من الزرع أخضر. لسان العرب ٣/ ١٠٥.

(٥) الروضة ٥/ ٢١٤.

ثم ذكر أنه على القول بالفساد فحكم الغراس بعد المدة حكمه بعدها في حالة الصحة، يعني يتخير بين الخصال الثلاث[1]، فيكون محترماً للإذن المتقدم في ضمن الإجارة.

وكذلك أيضاً جزم في الشركة والقراض أنهما إذا فسدا لما يقترن بهما من الشروط الفاسدة فتصرف الشريك أو العامل أنه ينفذ التصرف قولاً واحداً، وأشار بذلك إلى أن الإشكال في مسألة الحوالة المتقدمة بقولهم في توجيه المنع: إن الإذن الذي كان ضمناً لا يقوم ظاهراً فقال هذا التوجيه ربما يشكل بما إذا فسدت الشركة أو الوكالة فالإذن الضمني يبقى ويصح التصرف. يعني قولاً واحداً في الشركة أو على الأصح في الوكالة، والحاصل أن هذه المسائل على مراتب:

منها: ما جزم فيه بنفوذ التصرف قولاً واحداً وهو الشركة والقراض ويلتحق بهما الإجارة في جعل الزرع محترماً.

ومنها: عكسه وهو البيع الفاسد لا ينفذ فيه التصرف من المشتري قولاً واحداً ولا اعتبار بالإذن الضمني فيه، لأن الإذن في ضمنِ ناقلٍ للملك ولم ينتقل بخلاف ما تقدم فإن الملك باق فيه على ملكه.

ومنها: ما فيه تردد، والأصح في الحوالة المنع، وفي الوكالة النفوذ، لأن الحوالة تنقل الحق إلى المحتال فهي أشبه بالبيع، لأن الإذن الضمني إنما هو في ناقل الملك ولم ينتقل، بخلاف الوكالة فإن التصرف هناك واقع للإذن، وإن بطل خصوص الإذن جاز أن يبقى عمومه.

وأما مسألة الرهن فإنما فسد الإذن على الصحيح لأن المرتهن شرط لنفسه شيئاً في مقابلة إذنه، وهو تعجيل الحق، فإذا فسد، فسد ما يقابله.

وفي تخريج مسألة الوكالة عليها كما قال في التتمة: نظر، ولهذا اختلف التصحيح والله أعلم.

ومنها: إذا قال المقر له علي ألف من ثمن خمر أو خنزير، فهل يصح إقراره ويلغو آخره أو يبطل الإقرار؟ فيه وجهان:

---

(١) أي يتخير بين أن يقلع ويغرم أرش النقص مع نقص الثمار إن كان على الشجر ثمر أو يتملكه بالقيمة أو يبقيه بأجرة يأخذها.
الروضة ٥/ ٢١٥.

أصحهما: الأول، وهذا إذا كان الكلام متصلاً، فإن انفصل لم يقبل قولاً واحداً.

ومنها: إذا هادن الإمام لغير[1] مصلحة أكثر من أربعة أشهر ودون السنة، فهل يصح العقد أو يبطل؟ فيه قولان: أصحهما المنع، وعلى هذا فهل يصح في الأربعة أشهر ويبطل في الزائد عليها أو يبطل العقد من أصله[2]؟ فيه خلاف يرجع إلى هذه القاعدة، وحينئذ يمكن رد غالب مسائل تفريق الصفقة إلى هذه القاعدة وهي معروفة.

ومنها: إذا ادعى على رجل ألفاً فأجاب المدعى عليه بأنه قضاه إياها ثم أقام شاهدين فشهدا أنه أبرأه منها هل يسمع أم لا؟ فيه وجهان ذكرهما الهروي في الإشراف[3].

ووجه التخريج على هذه القاعدة ما بين القضاء والإبراء من التداخل كما بين الوجوب والجواز.

ومنها: إذا باع بشرط نفي خيار المجلس، هل يبطل العقد أو يصح ويثبت له الخيار؟ أو يصح ولا خيار له؟ فيه وجوه[4]، والأصح البطلان لمنافاته المشروعية.

ومنها: إذا باع بشرط البراءة من العيوب إذا فرعنا على أنه لا يبرأ، فهل يبطل البيع أم لا؟ فيه وجهان:

ومنها: شرط الولاء في العبد المبيع بشرط العتق هل يبطل العقد أو يصح ويلغو

---

(١) ب: بغير.

(٢) المدة المشروعة للهدنة مع الكفار إن لم يكن بالمسلمين ضعف ورأى الإمام المصلحة في الهدنة هي أربعة أشهر فأقل، ولا يجوز أكثر من سنة قطعاً ولا سنة على المذهب ولا ما بينها وبين أربعة أشهر على الأظهر.
أما إذا كان بهم ضعف جازت الهدنة إلى عشر سنين بحسب الحاجة ولا يجوز أكثر من عشرة، لكن إذا انقضت المدة والحاجة باقية استأنف العقد. فإذا زاد قدر الهدنة على الجائز بأن زاد عند الضعف على عشر سنين أو عند عدمه إلى أكثر من أربعة أشهر بطل العقد في الزائد وفي الباقي قولان. الروضة ١٠/ ٣٣٥-٣٣٦.

(٣) كتاب لأبي سعيد الهروي في شرح أدب القضاء لأبي عاصم العبادي الهروي المتوفى سنة ٤٥٨هـ وهو شرح مفيد في المذهب الشافعي بالغ الروياني في الاعتماد عليه. كشف الظنون ١/ ٤٧- ١٠٣، والأعلام ٦/ ٢٠٩.

(٤) إذا تبايعا بشرط نفي خيار المجلس فيه ثلاثة وجوه:
الأول: بطلان البيع، وهو الأصح.
الثاني: أنه صحيح ولا خيار.
والثالث: صحيح والخيار ثابت. الروضة ٣/ ٤٣٦.

شرط الولاء؟ فيه وجهان: أصحهما البطلان[1].

ومنها: إذا باع عبداً بشرط أن لا يأكل إلا الهريسة أو لا يلبس إلا الخز ونحوه. فالذي اختاره الرافعي صحة العقد مع إلغاء الشرط.

وحكى عن صاحب التتمة: أنه لو شرط التزام ما ليس بلازم كبيع العبد بشرط أن يصلي النوافل، أو يتطوع بالصيام، أو يصلي الفرائض في أول أوقاتها، فإنه يفسد العقد، ومقتضى هذا أنه يفسد أيضاً بشرط أن لا يأكل إلا الهريسة[2] ونحوها.

ومنها: إذا شرط في الرهن شرطاً ينافي مقتضى الرهن مما ينفع المرتهن مثل أن يكون ما يحدث منه من كسب أو نتاج مرهوناً أيضاً، ففيه قولان:

والأصح: بطلان الرهن.

والثاني: صحته وإلغاء الشرط.

وحكي عن القديم: صحة هذا الشرط أيضاً[3].

ومنها: إذا خالع على مال وشرط فيه الرجعة، وفيه قولان:

الصحيح: سقوط المال وثبوت الرجعة.

والثاني: سقوط الرجعة والمسمى ووجوب مهر المثل، واختاره الإمام والبغوي[4] ولم يجىء هنا قول بالبطلان لما يقتضيه الخلع من الفرق بين الباطل والفاسد كما سيأتي بيانه[5] إن شاء الله تعالى.

ومنها: إذا قلنا: إن نية الخروج من الصوم تؤثر. فقلب صوم القضاء بعد ما نواه إلى النذر ونحو ذلك، فلا يصح ما نواه ثانياً ويبطل ما نواه أولاً، وهل يبطل الصوم من أصله أو يبقى نفلاً؟

فيه وجهان كما تقدم في نظائره.

ومنها: إذا شرع في صوم الشهرين المتتابعين في الكفارة في زمن ينقطع التتابع فيه

---

(١) فتح العزيز ٨/ ٢٠٠.

(٢) فتح العزيز ٨/ ٢٠٥.

(٣) الحاوي ٧/ ٣٦٢.

(٤) الروضة ٧/ ٣٩٨.

(٥) ص٤٠٦.

بالعيد وأيام التشريق فلا يعتد بصومه عن الكفارة لتفريطه بإنشائه في وقت يتعذر فيه التتابع.

قال الإمام: يعود القولان في أنه هل ينعقد نفلاً أم لا[1]؟

ومنها: إذا أفسد صوم يوم من الشهرين عمداً فالتتابع ينقطع.

قال الرافعي: وما مضى يحكم بفساده أو ينقلب نفلاً؟ فيه القولان فيما إذا نوى الظهر قبل الزوال ونظائرها[2].

قلت: إنما تظهر فائدة هذا الخلاف في هذه والتي قبلها في الثواب، لأنه في شيء مضى بخلاف ما تقدم، والله أعلم.

وقد شذ عن هذه القاعدة مسائل:

منها: ما جزم فيه بالصحة قولاً واحداً وتلغى الزيادة[3].

ومنها: ما جزم فيه بالبطلان ولم يصح.

فمن الأول ما تقدم من الشركة الفاسدة، والقراض الفاسد، وإن كُلاًّ منهما إذا تصرف نفذ تصرفه، وكذلك في الإجارة الفاسدة للزرع والغراس والبناء إذا فعل المستأجر فيها شيئاً من ذلك يكون محترماً كما تقدم[4].

ومنها: إذا أحرم بحجتين أو عمرتين، فإن ذلك لا يصح، لأن التحلل من الأول لا بد منه فينعقد إحرامه بآخرهما، قولاً واحداً، ولم يجيء فيه قول بالبطلان رأساً لقوة الإحرام.

وذكر بعض المتأخرين بحثاً: أنه لو قيل فيمن أحرم بحجتين إنه يكون قارناً لم يكن بعيداً. تخريجاً مما إذا أحرم بالحج قبل أشهره، فإن إحرامه ينعقد بعمرة، والجامع بينهما أنه أحرم بالحج الثاني في غير وقته، فكما أنه لم يلغ قوله فيما إذا أحرم به قبل أشهره وجعل ذلك بعمرة ينبغي مثله هنا، والفرق بينهما عسير.

وأما الطرف الثاني[5] ففيه صور:

---

(١) الروضة ٨/٣٠٣.

(٢) الروضة ٨/٣٠٢.

(٣) قوله: (وتلغى الزيادة) ذكرت في جميع النسخ بعد قوله: (ومنها: ما جزم فيه بالبطلان ولم يصح) ومكانها الصحيح كما أثبتناه وذلك لينطبق التقسيم على الصور التي ذكرها.

(٤) ص(٢٥٧).

(٥) أي ما يقتضي البطلان في الكل.

منها: إذا شرع في صلاة الكسوف ظاناً بقاءه، ثم تبين أنه كان انجلى قبل تحريمه بها. فإنه تبطل صلاته ولا تنعقد نفلاً على قول، لأنه ليس لنا نفل على هيئة صلاة الكسوف فيندرج في نيته، ذكرها الشيخ عزالدين في القواعد[1].

ومنها: لو تحرم بصلاة ينوي بها الفرض والنفل معاً مما لا يمكن جمعهما، فإن صلاته تبطل، أما لو أمكن ذلك كما إذا ضم إلى نية الفرض نية تحية المسجد، فإن ذلك لا يضر، لأن التحية المأمور بها تحصل وإن لم ينوها، لأن شرعيتها ليست لذات الصلاة بل إشغال البقعة قبل الجلوس بصلاة ما، فلو صلى فريضة أو راتبة حصلت التحية المشروعة، فلا يضر نيتها معها[2].

وكذلك إذا نوى الصيام في شهر رمضان الفرض والنفل معاً، فإنه لا يقع عن واحد منهما. لأن الوقت لا يصلح للنفل.

ومنها: إذا شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام يبطل العقد، ولم يقولوا إنه يصح في الثلاثة على قول ويبطل ما عداها.

ومنها: إذا عقد على أختين معاً أو خمس نسوة في عقد واحد، ووجه البطلان ظاهر، فإن تعيين واحدة منهن للصحة أو البطلان تَحَكُّمٌ، فيبطل في الجميع.

ومنها: كل شرط ينافي مقتضى العقد إذا قارنه، فإنه لا يصح جزماً، كالبيع بشرط عدم التسليم أو على أن لا يخسر في الثمن أو أن يركب الدابة شهراً أو نحو ذلك، وكالرهن بشرط أن لا يباع في الدين أو لا يتقدم بثمنه على الغرماء إلى غير ذلك من الصور التي تفسد العقد قولاً واحداً خلا شرط العتق في العبد المبيع، فالأصح صحته والالتزام به للحديث الصحيح فيه[3]، والله أعلم.

---

(١) قواعد الأحكام ٢/ ٦٤، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٢٩.

(٢) المجموع ٤/ ٥٢.

(٣) فقد ورد عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: دخلت على بريرة وهي مكاتبة فقالت: اشتريني، قلت: نعم، قالت: لا يبيعوني حتىٰ يشترطوا ولائي، قلت: لا حاجة لي فيك، فسمع بذلك النبي ﷺ أو بلغه فقال: (ما شأن بريرة؟) فذكرت عائشة ما قالت، فقال: (اشتريها فأعتقيها ويشترطوا ما شاؤوا) قالت: فاشتريتها فأعتقتها واشترط أهلها ولاءها، فقال النبي ﷺ: (الولاء لمن أعتق). صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٥/ ٣٢٦، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٠/ ١٣٩.

قاعدة

الفرض والواجب عندنا مترادفان، لا يفترقان افتراق الخاصين، ولا افتراق الأعم والأخص، وعند الحنفية يفترقان افتراق الخاصين[1].

---

(1) منشأ الخلاف بين الجمهور والحنفية في الفرض والواجب في المفهوم اللغوي:

فذهب الحنفية إلى أنهما متباينان، أي الفرض غير الواجب، فالفرض مأخوذ من فرض الشيء إذا حزه وقطع بعضه، فيطلق على الثابت بدليل مقطوع به، والواجب مأخوذ من وجب الشيء، إذا سقط على ما دليله ساقط من قسم المعلوم أو المضطرب.

أما الجمهور فقالوا: إنهما مترادفان، أي الفرض عين الواجب، إذ الواجب هو عبارة عن خطاب الشارع بما ينتهض تركه سبباً للذم شرعاً، وهذا المعنى متحقق في الفرض الشرعي كما يقول الآمدي في الإحكام، لذلك قالوا الفرض لغة التقدير، والواجب: من وجب، بمعنى ثبت، وكل من المقدر والثابت أعم من أن يثبت بدليل قطعي أو ظني إذ يقال: صلاة الظهر مقدرة وثابتة، والوتر ثابت ومقدر.

والراجح: اصطلاح الجمهور لما يلي:

أولاً: لأن اختلاف طرق إثبات الواجبات في القوة والضعف لا يوجد اختلاف الواجب في حقيقته من حيث هو واجب، وقد أطلق اسم الفرض على الواجب في قوله تعالى: ﴿فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ ١٩٧﴾ [البقرة] أي أوجب، وأجمع علماء الأمة على إطلاق اسم الفرض على ما أدي من الصلوات المختلف في صحتها بين الأئمة بقولهم: أد فرض الله.

ثانياً: لأن هذه التفرقة يترتب عليها أن يكون للفعل الواحد حكمان مختلفان، أحدهما بالنسبة لنا، والآخر بالنسبة للصحابي الذي روى الحديث عن رسول الله ﷺ، فهو بالنسبة له فرض لانتفاء الشبهة في حقه، وبالنسبة إلينا واجب، لوجود الشبهة في صحة الدليل.

ثالثاً: أما قولهم بأن اللغة تفرق بين الفرض والواجب، فهو يعد من باب التحكم في تخصيص اسم الفرض بالمقطوع به، لأن الفرض هو التقدير مطلقاً سواء كان مقطوعاً به أم مظنوناً. أما من حيث الأحكام فإننا لا نجد هذا الخلاف.

فقد اتفقوا على أن ما ثبت بدليل قطعي يكفر جاحده، وما ثبت بدليل فيه شبهة لا يكفر جاحده، واتفقوا على أنه قد يطلق أحدهما على الآخر، فالجمهور يطلقون باعتبارهما مترادفين، والحنفية يطلقون كل واحد مكان الآخر فيقولون: الوتر فرض عملاً واعتقاداً، وصلاة الظهر واجبة.

واتفقوا على وجوب العمل في كل منهما، ويأثم تارك واحد منهما.

واتفقوا على أن من ترك الوقوف بعرفة بطل حجه، لأنه ترك فرضاً، ومن ترك السعي بين الصفا والمروة لا يبطل حجه، لأن دليله ظني.

والخلاصة: أن الخلاف نظري لا عملي، لذلك قال بعض العلماء: إن الخلاف لفظي فلا توجد فوارق في الأحكام عند الجميع، إلا أن الحنفية قالوا: من أفسد الفرض وجب عليه إعادته داخل الوقت وخارجه، ومن أفسد الواجب أعاده ما دام الوقت باقياً، فإذا خرج لم تجب إعادته، =

فالفرض عندهم: ما ثبت بدليل قطعي، والواجب ما ثبت بدليل ظني، ورتبوا على ذلك أحكاماً كثيرة، وهم مطالبون بدليل يقتضي هذه التفرقة، وقد وقع لأصحابنا قريب من ذلك في موضعين:

أحدهما: الصلاة، فقسموها إلى أركان وأبعاض وهيئات، وعبروا بالأركان عما هو واجب لا تصح الصلاة إلا بفعله.

وبالأبعاض: عن السنن التي تجبر إذا تركت بسجود السهو، ولا تبطل الصلاة بتركها، وهي سنة التشهد الأول، والجلوس له، والقنوت في الصبح، وفي الوتر حيث يشرع فيه، والقيام له، والصلاة على النبي ﷺ في التشهد الأول، وعلى آله في التشهد الأخير إذا قيل إنَّ كلاً منهما سنة.

والهيئات: ما عدا ذلك من السنن.

والثاني: في الحج، قسموا أفعاله إلى أركان وواجبات وسنن.

فالأركان: الإحرام، والوقوف، والطواف، والسعي، والحلق - إذا جعلناه نسكاً وهو الأصح - ، وألحق بها في وجه المبيت بالمزدلفة قاله ابن بنت الشافعي[1]، وابن خزيمة، وقواه ابن المنذر[2] [3].

= وقالوا: إن ترك القراءة في الصلاة مطلقاً يبطلها، لأن الأمر بها قرآني لقوله تعالى في سورة المزمل: ﴿فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾، أما ترك قراءة الفاتحة بذاتها فلا يبطلها لأن الأمر بها ثبت بخبر الآحاد وهو يفيد الظن.

والحق أن الخلاف ليس أساسه هذا التقسيم، بل أساسه أن الحنفية أبقوا الآية على عمومها، والشافعية فسروا الآية بقراءة الفاتحة اعتماداً على قوله ﷺ: (صلوا كما رأيتموني أصلي) فالقضية مجرد اصطلاح ولا مُشَاحَّةَ في الاصطلاح. (أي: لا مجادلة فيما تعارفوا عليه). المحصول ١/ ق١/ ١٢١، والإحكام للآمدي ١/ ١٣٨، والمستصفى ١/ ٦٦، وميزان الأصول ١/ ٦٧، وأصول الفقه الإسلامي لوهبة الزحيلي ص٤٦، وأصول الفقه لأبي زهرة ص٢٩.

(١) هو: أحمد بن محمد بن عبد الله المعروف بابن بنت الشافعي فهو سبطه وابن ابن عمه، كان أبوه من فقهاء أصحاب الشافعي وله مناظرات مع المزني، تزوج بزينب بنت الشافعي فأولدها أحمد، فتفقه بأبيه وروى الكثير عنه عن الشافعي، وكان واسع العلم جليلاً فاضلاً، ولم يذكر المترجمون سنة وفاته. تهذيب الأسماء واللغات ١/ ٧٨٥، وطبقات الأسنوي ٢/ ٧٨.

(٢) هو: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري نزيل مكة أحد الأئمة الأعلام، لم يقلد أحداً في آخر عمره، له مصنفات منها: إجماع الأمة والإشراف على مذاهب الأشراف والإقناع، توفي سنة ٣٠٩ وقيل ٣١٠ وقيل ٣١٨هـ.
طبقات الأسنوي ٢/ ٣٧٤، وشذرات الذهب ٢/ ٢٨٠.

(٣) الروضة ٣/ ٩٩.

والواجبات: اثنان منها متفق عليهما وهما: الإحرام من الميقات، والرمي.

وأربعة مختلف فيها وهي: الجمع في الوقوف بعرفة بين الليل والنهار لمن أمكنه ذلك، والمبيت بالمزدلفة، والمبيت ليالي منى بها، وطواف الوداع، والأصح في الثلاثة الأخيرة: الوجوب دون الجمع بين الليل والنهار بعرفة، فإن الأصح كونه مستحباً.

وأما السنن: فهي ما عدا ذلك، فقالوا: الأركان ما تتوقف الصحة عليها فلا يعتد له بشيء منها حتى يأتي بالإحرام الصحيح ولا يتحلل منه إلا بالإتيان ببقيتها.

وأما الواجبات: فيجبر تركها بالدم، ولا يتوقف عليها صحة ولا تحلل، وهذا ليس تفرقة بين الفرض والواجب، بل هو تقسيم للواجبات إلى ما قوي اعتباره حتى توقفت الصحة أو التحلل عليه، للأدلة الدالة على ذلك، فعبر عنها بالأركان، وإلى ما لم يكن كذلك فسميت واجبات، وليس المأخذ في التفرقة ما اعتمده الحنفية.

وأما في الصلاة، فهو تقسيم للسنن لا للواجبات، إذ الواجب فيها لا بد من فعله، ولما ثبت أن النبي ﷺ قام من غير فعل التشهد الأول، وأتم صلاته وسجد للسهو[١]، ثبت أنه ليس بواجب، فقسموا السنن إلى ما يتأكد فعله، فيجبر تركه بالسجود، وإلى ما ليس كذلك.

وقد قال كثير من أئمة الأصول: إن المندوب، والسنة، والتطوع، والمستحب، والمرغب فيه، والنفل. ألفاظ مترادفة لا تباين فيها[٢].

وهذا هو أحد الأوجه الثلاثة لأصحابنا.

والثاني: أن النفل والتطوع لفظان مترادفان، وهما ما سوى الفرائض، والسنن، والمستحب، ونحو ذلك أنواع لهما.

الثالث: أن ما عدا الفرائض ثلاثة أقسام.

سنة: وهو ما واظب عليه النبي ﷺ.

---

(١) روى عبد الله بن بحينة: (أن النبي ﷺ صلى بهم الظهر، فقام في الركعتين الأوليين لم يجلس، فقام الناس معه، حتى إذا قضى الصلاة وانتظر الناس تسليمه كبر وهوجالس، فسجد سجدتين قبل أن يسلم ثم سلم). صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢/ ٣١٠، وصحيح مسلم بشرح النووي ٥/ ٥٨.

(٢) المحصول ١/ ق١/ ١٢٩-١٣١، وجمع الجوامع بحاشية البناني ١/ ٨٩، والأسنوي على المنهاج ١/ ٤٦.

ومستحبات: وهي التي فعلها أحياناً ولم يواظب عليها.

قلت: ويلتحق بها ايضاً: ما أمر به ولم ينقل أنه ﷺ فعله.

وتطوعات: وهي ما لم يرد فيه بخصوصه نقل، بل يفعله الإنسان ابتداءً، كالنوافل المطلقة[١]، والله أعلم.

فائدة

ما ثبت على خلاف الدليل في الفرض، هل يثبت في النفل؟ فيه خلاف في صور:

منها: سجود السهو، ثبت على خلاف الدليل في الفرض، فكذلك في النفل، لأنه محتاج إلى الجبر، وللشافعي قول غريب: إنه لا يشرع فيه[٢].

ومنها: التيمم على خلاف الدليل في الفرض، والمذهب أنه يشرع في النفل أيضاً.

ومنها: أن النيابة في الحج، هل يجيء في النفل؟ فيه قولان: الأصح أنه يصح كالفرض[٣].

فائدة

تقدم أن الفرض ينقسم إلى فرض عين وفرض كفاية، وكذلك السنة أيضاً، لكن السنة على الكفاية صور قليلة:

منها: ابتداء السلام، فلو لقي جماعة واحداً أو جماعة فسلم واحد منهم، كفى لأداء السنة، وقد ذكر الشاشي في كتابه حلية العلماء[٤]: أنه ليس لنا سنة على الكفاية إلا هذه الصورة[٥]، وما سيأتي يرد عليه.

---

(١) المجموع ٤/ ٢.

(٢) نقل هذا الرأي عن الشافعي الشيرازي وأبو الطيب وابن الصباغ، والراجح عند الشافعي أنه يسجد للسهو في صلاة النفل، وبه قطع الجهوز. المجموع ٤/ ١٦١.

(٣) المهذب بشرح المجموع ٧/ ١١٢.

(٤) كتاب في مذاهب الفقهاء من أجل كتب الشافعية من حيث الموضوع وتلخيص الأقوال الفقهية للمذاهب الأربعة حققه الدكتور ياسين أحمد إبراهيم في ثمانية مجلدات ونشرته مكتبة الرسالة الحديثة الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨م.

(٥) نقل الشيخ العلائي هذا غير دقيق، فإنه لم يكمل عبارة الشاشي أو لم يطلع عليها بل نقل هذا الرأي عن الشاشي من كتب أخرى، فالشاشي أنكر سنة الكفاية، فقد قال في حلية العلماء =

ومنها: تشميت العاطس أيضاً، صرح أصحابنا بأنه سنة على الكفاية، كابتداء السلام، وعند المالكية: أنه فرض كفاية[1]، وظواهر الأحاديث تقتضي ذلك[2].

ومنها: التسمية على الأكل، فلو سمى واحد من جماعة الآكلين أجزأ عنهم، ذكره النووي في باب الوليمة من الروضة أن الشافعي رضي الله عنه نص عليه[3][4].

ومنها: الأذان والإقامة على الأصح، وأنهما ليسا من فروض الكفايات[5].

ومنها: ما يفعل بالميت مما ندب إليه[6].

ومنها: الشاة الواحدة في الأضحية، لا تجزىء إلا عن واحد، ولكن إذا ضحى واحد من أهل البيت تأدى الشعار، والسنة بها عن جميعهم[7]، والله أعلم.

مسألة

قال الآمدي: يجوز أن يكون المحرم أحد أمرين لا بعينه عندنا، خلافاً للمعتزلة[8]،

= ٢/ ٢٨٥- ٢٨٦: إذا دخل جماعة على واحد فسلم بعضهم سقط كراهة السلام في حق الباقين، وكان أصل السلام في حقهم سنة على الكفاية كما أن رد السلام فرض على الكفاية وهذا ليس بصحيح، فإنا ما رأينا سنة على الكفاية، ونقل الزركشي في البحر المحيط ١/ ٢٩٢ عن الشاشي أنه قال في كتابه المعتمد: لم نر في أصول الشرع سنة على الكفاية بحال.

(١) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٧/ ٢٨٦.

(٢) من الأحاديث الواردة في تشميت العاطس: قول البراء بن عازب رضي الله عنه: (أمرنا رسول الله ﷺ بسبع ونهانا عن سبع، أمرنا بعيادة المريض، واتباع الجنازة، وتشميت العاطس، وإبرار القسم أو المقسم، ونصر المظلوم، وإجابة الداعي، وإفشاء السلام، ونهانا عن خواتيم أو تختم بالذهب، وعن شرب بالفضة وعن المياثر، وعن القسي، والاستبرق والديباج) صحيح مسلم بشرح النووي ١٤/ ٣١ فلفظ الأمر يفيد الوجوب.

(٣) عبارة ب: ذكره النووي في باب الوليمة عن نص الشافعي رضي الله عنه، وعبارة ج: ذكرها النووي في الوليمة عن نص الشافعي رضي الله عنه

(٤) الروضة ٧/ ٣٤١.

(٥) في الأذان والإقامة ثلاثة أوجه:
الأول: أنهما سنة، والثاني فرض كفاية، والثالث: فرض كفاية في الجمعة سنة في غيرها وهو قول ابن خيران والاصطخري. المجموع ٣/ ٨١.

(٦) كوضع القطن على منافذه وبين مفاصله، وتطييب بدنه بالكافور وغيرها. المهذب ١/ ١٣٠.

(٧) روى مالك في الموطأ ٢/ ٤٨٦ أن أبا أيوب الأنصاري قال: (كنا نضحي بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته، ثم تباهى الناس بعد فصارت مباهات).

(٨) الإحكام للآمدي ١/ ١٦١.

ثم أحال الكلام في ذلك على مسألة الواجب المخير، كخصال الكفارة، وتبعه عليه ابن الحاجب[1]، وكذلك قال فخر الدين[2] وزاد بأن قال: النهي عن أشياء: إما على الجمع، أو عن الجمع، أو نهيا عنها على البدل، أو عن البدل[3].

ومثَّل النهي عن الجمع: بأن يقول: لا يجمع بين كذا وكذا، فله فعل أحدهما لا بعينه.

وَمثَّلَ النهيَ عن البدل: بأن يقول: لا تفعل هذا إن فعلت ذاك، فيكون كل واحد مفسدة عند الآخر.

ومثل بعضهم ذلك: بالنهي عن الجمع بين المرأة وعمتها، أو خالتها، والجمع بين الأختين، وكذلك الأم مع ابنتها بالنسبة إلى أصل التزويج، فإذا تزوج إحداهما حرمت الأخرى على التأبيد، بخلاف الأختين، والمرأة مع عمتها أو خالتها، فإن المحرم الجمعُ بينهما فقط.

وقد استشكل القرافي القول بأن النهي يرد مع التخيير بين أمرين فصاعداً، وفرق بينه وبين الأمر بواحد من أشياء، بأن الأمر هناك متعلق بمفهوم أحدهما الذي هو قدر مشترك بينهما بصدقه على كل واحد منهما.

ومتعلق التخيير: الخصوصيات، ولا يلزم من إيجاب المشترك، إيجاب الخصوصيات كما في إيجاب رقبة مطلقة في العتق، لا يلزم فيه إيجاب رقبة معينة.

وأما النهي: فإنه متعلق بمشترك حرمت أفراده كلها، ويلزم فيه من تحريم المشتركات تحريم الخصوصيات.

ثم أجاب عن الجمع بين الأختين ونحوهما: بأن التحريم إنما تعلق بالمجموع عيناً لا بالمشترك بين الأفراد، فالمطلوب أن لا يدخل ماهيته في الوجود، فهو المجموع، والماهية تنعدم بانعدام جزء منها[4].

قلت: والظاهر أن هذا مرادهم بتحريم واحد من الأشياء، لا ذلك الذي استشكله، وهو الكلي المشترك، لأن من المحال عقلاً أن يفعل الإنسان فرداً من جنس أو نوع أو

---

(١) منتهى الوصول ٢/ ٢.

(٢) أي الرازي.

(٣) المحصول ١/ ق٢/ ٥٠٧- ٥٠٨.

(٤) الفروق ٢/ ٤-٧.

كلي مشترك من حيث الجملة، ولا يفعل ذلك المشترك المنهي عنه، فإن الكلي مندرج في الجزئي بالضرورة.

لكن يشكل على هذا التأويل: إحالته الكلام في هذه على الكلام في الأمر بواحد من أشياء.

ويتخرج على هذه المسألة ما إذا قال لامرأتيه: إحداكما طالق، ولا يقصد واحدة بعينها، فإنه يمسك عنهما إلى أن يعين منهما واحدة للتطليق، لأن المحظور اختلط بالمباح فيمنع من الكل، كما لو اختلطت أخته من الرضاع بأجنبية، فإنه يمنع من نكاحهما جميعاً، ويلزمه التعيين على الفور.

وشبه الرافعي ذلك: بما إذا أسلم وتحته أكثر من العدد الشرعي، فإنه يؤمر باختيار أربع، ويكون التحريم كلياً مشتركاً بينهنَّ إلى أن يعين، وبهذا عرف أنه إذا نهي عن كلي مشترك، لزمه الإمساك عن الجميع، وكذلك لو كان تحته امرأتان فقال: إن كان هذا الطائر غراباً فزينب طالق، وإلا فعمرة، وطار ولم يعلم، فإنه يقع الطلاق على واحدة منهما لحصول إحدى الصفتين، وعليه الامتناع عنهما إلى أن يتبين الحال، بخلاف ما إذا قال رجل: إن كان هذا الطائر غراباً فامرأتي طالق، وقال آخر: إن لم يكن غراباً فامرأتي طالق، وأشكل الحال، فإنه لا يحكم بطلاق واحدة منهما، لأن أحدهما لو انفرد بمقالته لم يحكم بوقوع الطلاق عليه بالشك، ولا يتعين الحكم بمقالة غيره.

ونظير هذا ما إذا سمعنا صوتَ حَدَثٍ بين اثنين، وأنكره كلٌّ واحد منهما، فمن قام منهما إلى الصلاة لم يكن للآخر أن يعترض عليه.

ولو صلى واحد صلاتين ثم تيقن أنه أحدث في إحداهما، ولم يعرف عينها، لزمه أن يصليهما جميعاً.

وكل هذه الصور المتقدمة في الطلاق يجيء مثلها في العتق، إلا أنه يزيد هذه مسألة وهي: ما إذا قال اثنان ذلك كل واحد منهما في عبده، ثم ملك أحدهما عبد الآخر، بشراء أو غيره، فاجتمع العبدان عنده، فالصحيح أنه يمنع من التصرف فيهما، ويؤمر بتعيين العتق في أحدهما، لأنه الآن اتحد المخاطب، فأشبه ما إذا كانا في ملكه عند التعليق.

وفيه وجه عن صاحب التقريب: أنه يتعين للحجر العبد المشترى، فمنع من التصرف فيه دون الأول، استصحاباً لجواز التصرف في الأول، وهو يرجع إلى ما تقدم من الاستصحاب بعد تغيير الحكم، وفيه الخلاف، والله أعلم.

قاعدة

إذا اجتمع حظر وإباحة، غلب جانب الحظر[١]**، إلا في مسائل.**

منها[٢]: إذا رمى سهماً إلى طائر فجرحه ووقع على الأرض فمات[٣]، فإنه يحل.

وكذلك لو وقع في بئر ليس فيه ماء، وإن كان يمكن إحالة الموت على الوقوع على الأرض لأن ذلك لا بد منه فعفي عنه.

وكذلك لو أصاب السهم الصيد، فوقع[٤] على الأرض لجنبه، أو كان على جبل فلما أصيب تدحرج إلى أسفل من جنب إلى جنب[٥].

ومنها: لو رمى الطير وهو على الماء بسهم فأصابه ومات فيه، حل، مع إمكان إحالة الشركة في موته على الماء.

ومنها: إذا أصاب[٦] السهم الأرض أو الحائط فازدلف وأصاب الصيد ونحو ذلك، ففيه وجهان بناء على القولين السابقين، والأظهر أنه يحل.

---

(١) إذا اجتمع حظر وإباحة فذلك لا يخلو إما أن يتعادلا أو يغلب أحدهما، فإن تعادلا: كان الحكم لما عرف قبله فيستصحب ولا يترك بالشك، وإن غلب أحدهما كان الحكم للغالب، وقد قسم الغزالي المسألة إلى أربعة أقسام:
الأول: أن يكون التحريم معلوماً من قبل ثم يقع الشك في المحلل، فهذه شبهة اجتنابها، ومثاله أن يرمي الصيد فيقع في الماء فيصادفه ميتاً.
الثاني: أن يعرف الحل ويشك في المحرم، فالأصل الحل والحكم له، ومثاله كما إذا قال رجل: إذا كان هذا الطائر غراباً فامرأتي طالق، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فامرأتي طالق، والتبس أمر الطائر فلا يقضى بالتحريم في واحدة منهما.
الثالث: أن يكون الأصل التحريم، ولكن طرأ ما أوجب تحليله بظن غالب فهو مشكوك فيه، والغالب حله، مثاله: أن يرمي الصيد ويغيب عنه ثم يدركه ميتاً وليس عليه أثر سوى سهمه.
والرابع: أن يكون الحل معلوماً ولكن يغلب على الظن طُروء المحرم بسبب معتبر فيقضى بالتحريم، مثاله أن يؤدي اجتهاده إلى نجاسة أحد الإناءين بالاعتماد على علامة معينة توجب غلبة الظن.
إحياء علوم الدين بإتحاف السادة المتقين ٦/ ٥١٠.

(٢) أ: أحدها.

(٣) ج: ومات.

(٤) ب: ووقع.

(٥) (إلى جنب) سقطت من ب.

(٦) ج: لو أصاب.

ومنها: إذا أكل الكلب المعلم من الصيد قبل قتله أو بعده في موضعه، ففيه قولان منصوصان لتعارض الأحاديث في ذلك.

ففي حديث علي بن حاتم رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: (كل مما أمسكن عليك، وإن قتلن، إلا أن يأكل الكلب فلا تأكل، فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه)، متفق عليه[١].

وفي حديث أبي ثعلبة الخشني رضي الله عنه قال رسول الله ﷺ: (إذا أرسلت كلبك، وذكرت اسم الله فكل، وإن أكل منه)[٢].

ومثله أيضاً حديث عمرو بن شعيب[٣] عن أبيه عن جده[٤] رواهما أبو داود. وكل منهما حسن، فينتهي بهما إلى درجة الصحيح[٥].

---

(١) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١٢/٢٨، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٣/٧٣، ونص الحديث: عن عدي بن حاتم قال: سألت رسول الله ﷺ قلت: إنا قوم نصيد بهذه الكلاب، فقال: (إذا أرسلت كلابك المعلمة، وذكرت اسم الله عليها، فكل مما أمسكن.. على نفسه وإن خالطها كلاب من غيرها فلا تأكل).

(٢) جزء من حديث يقول فيه أبو ثعلبة: قلت يا رسول الله إنا أهل صيد، قال: (إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله عليه فأمسك عليك فكل) قلت: وإن قتل؟ قال: (وإن قتل)، قلت: إنا أهل رمي، قال: (ما ردت عليك قوسك فكل)، قال: قلت: إنا أهل سفر نمر باليهود وبالنصارى والمجوس فلا نجد غير آنيتهم. قال: (فإن لم تجدوا غيرها فاغسلوها بالماء ثم كلوا فيها واشربوا)، ابن ماجه ٢/ ١٠٦٩ بلفظ آخر، وسنن أبي داود ٣/ ١٠٩، وأخرجه الترمذي ٤/ ٥٣ وقال: حديث حسن صحيح.

(٣) هو: عمرو بن شعيب تابعي أكثر روايته عن أبيه وروى عنه عطاء وعمرو بن دينار مات سنة ١١٨هـ. انظر تهذيب التهذيب ٨/ ٤٨.

(٤) الحديث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن أعرابياً يقال له أبو ثعلبة قال: يا رسول الله إن لي كلاباً مكلبة فأفتني في صيدها؟ فقال النبي ﷺ: (إن كان لك كلاب مكلبة فكل مما أمسكن عليك). قال: ذكي أو غير ذكي؟ قال: (نعم)، قال: فإن أكل منه؟ قال: (وإن أكل منه)، فقال: يا رسول الله أفتني في قوسي؟ قال: (كل ما ردت عليك قوسك)، قال: ذكياً أو غير ذكي؟ قال: (ذكياً أو غير ذكي)، قال: وإن تغيب عني؟ قال: (وإن تغيب عنك ما لم يظل أو تجد فيه أثراً غير سهمك)، قال: أفتني في آنية المجوس إن اضطررنا إليها، قال: (اغسلها وكل فيه). سنن أبي داود ٣/ ١١٠.

(٥) قال النووي: حديث أبي ثعلبة وحديث عمرو بن شعيب رواهما أبو داود بإسناد حسن، قال البيهقي: حديث أبي ثعلبة مخرج في الصحيحين من غير ذكر الأكل، وحديث عدي في النهي أصح. المجموع ٩/ ١٠٤.

ورجح جمهور الأصحاب: القول بالتحريم[١]، لأن حديثه في الصحيحين، ولأن ذلك يبطل كون الكلب معلماً، أو يظن فيجتمع الحل والحرمة.

وقال الإمام: وددت لو فرق فارق بين أن ينفك زماناً ثم يأكل، وبين أن يأكل بنفس الأخذ[٢]، لكن لم يتعرضوا لذلك.

وقد صرح بهذا الفرق جماعة منهم: الجرجاني في التحرير، وصاحب الشامل، وصاحب البيان، والدارمي، فخصوا القولين بما إذا أكل منه عقيب العقر، فإن أكل بعد طول الفصل فهو حلال قطعاً[٣].

ولا ريب في أن حمل الحديثين على هاتين الحالتين للجمع بينهما أولى من الترجيح، وكذلك ينبغي الجمع به بين قولي الشافعي[٤] رضي الله عنه.

ومنها: إذا رمى صيداً فأصابه ثم غاب عنه ثم وجده ميتاً وليس فيه أثر غير سهمه، ففيه قولان أيضاً، ورجح الجمهور التحريم عملاً بالقاعدة. وصحح البغوي[٥]، والغزالي في الإحياء[٦]: الحل، قال النووي: وهو الصحيح[٧]، لصحة الأحاديث الواردة بالإباحة فيه[٨]، وعدم المعارض الصحيح لها، والله أعلم.

---

(١) شرح النووي على صحيح مسلم ١٣/ ٧٥-٧٧، والرأي الثاني هو الحل، وبه قال سعد بن أبي وقاص وابن عمر حكاه عنهما مالك في الموطأ ص٤٩٢ وهو قول ضعيف للشافعي.

(٢) المجموع ٩/ ١٠٥، وكفاية الأخيار لتقي الدين ٢/ ٤٢٧.

(٣) المجموع ٩/ ١٠٥، وكفاية الأخيار ٢/ ٤٢٧.

(٤) المجموع ٩/ ١٠٤-١٠٦.

(٥) المجموع ٩/ ١١٧.

(٦) إحياء علوم الدين بشرح إتحاف السادة ٦/ ٥١٠، والإحياء من أجل كتب المواعظ وأعظمها، مرتب على أربعة أقسام: العبادات والعادات والمهلكات والمنجيات، والكتاب تناولته أيدي العلماء بالشرح والاختصار وتخريج الأحاديث التي وردت فيه. كشف الظنون ١/ ٢٣.

(٧) المجموع ٩/ ١١٥.

(٨) من هذه الأحاديث حديث عدي المتقدم وحديث أبي ثعلبة الذي أخرجه مسلم في صحيحه ١٣/ ٨٥ قال: قال رسول الله ﷺ: (إذا رميت بسهمك فغاب عنك فأدركته فكله ما لم ينتن).

فصل

تقدم بيان خطاب الوضع، وأن أنواعه المشهورة: السبب، والشرط، والمانع، وزاد بعضهم: الصحة والبطلان، والفساد، والعزيمة، والرخصة، وقد تقدم الكلام على العزيمة والرخصة، وعلى بيان حقيقة السبب، والشرط والمانع، والكلام الآن على أحكام تترتب عليها جارية مجرى القواعد وذلك في أبحاث.

الأول

أن الفرق بين السبب والعلة[1]: أن العلة لا بد وأن تكون مناسبة للحكم المترتب عليها، سواء قيل: بأن العلة باعثة[2]، أم معرفة للحكم[3].

وأما الأسباب: فتارة تكون كذلك، وتارة لا تظهر المناسبة[4].

فالأول: كوجوب غسل النجاسة، وإقامة الحد على الزاني، والسارق، ونحوهما، وقتل الجاني عمداً، وحل الغنائم، وفسق المرتكب كبيرة مع العلم بها من غير عذر شرعي.

---

(١) العلة عرفت بتعاريف مختلفة المختار منها: أنها الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم. الإحكام للآمدي ٣/ ٢٨٨، وجمع الجوامع بحاشية البناني ٢/ ٢٣١، والبحر المحيط ٣/ ٣٣.

(٢) وهو ما ذهب إليه الآمدي وابن الحاجب، ومعنى كونها باعثة، أي ما شرع الحكم عنده تحصيلاً للمصلحة. الإحكام للآمدي ٣/ ٢٨٩، ومختصر المنتهى ٢/ ٢١٣.

(٣) وهو ما ذهب إليه البيضاوي والرازي، ومعنى كونها معرفة أي أمارة على وجود الحكم في الفرع والأصل معاً. البحر المحيط ٥/ ١١٢، ونهاية السول ٤/ ٥٥، وإرشاد الفحول ص٢٠٧.

(٤) يرى جمهور الأصولين أن بين السبب والعلة عموماً وخصوصاً، فالسبب أعم في مدلوله من العلة فكل علة سبب، وليس كل سبب علة.

فالسبب: هو ما يوجد عنده الحكم لا به سواء كان مناسباً للحكم أو لم يكن كذلك.

والعلة: هي الوصف الظاهر المنضبط الذي جعل مناطاً لحكم يناسبه، فمثلاً عقد البيع الدال على الرضا ينقل الملكية فيقال: علة وسبب، وأما زوال الشمس عن وسط السماء فيقال له: سبب ولا يقال له علة.

ويرى بعض الأصوليين أن بين العلة والسبب تبايناً، فالسبب يختص فيما ليس بينه وبين الحكم مناسبة، والعلة هي الوصف المناسب لتشريع الحكم، فالسفر على هذا الرأي علة لجواز الفطر، ولا يسمى سبباً له، وزوال الشمس سبب لصلاة الظهر ولا يسمى علة له. انظر مباحث العلة في القياس عند الأصوليين للدكتور عبد الحكيم السعدي ص ١٣٩ وما بعدها.

ومثال الثاني: غسل الأعضاء الأربعة في الوضوء عند خروج الخارج، أو اللمس، أو المس، أو النوم، وإيجاب الصلاة عند الزوال، ونحوه وما أشبه ذلك من الأحكام التعبدية التي لا يهتدي العقل إلى وجه الحكمة المقتضية لنصب هذه الأشياء أسباباً دون غيرها، أو شروطاً أو موانع، والحكمة فيها مجرد الإذعان والانقياد، ولذلك قالوا: إن الأجر في هذا النوع أكثر لما فيه من الانقياد المحض إلى العبادة[1].

ثم الأسباب تنقسم إلى: قولية وفعلية.

فالقولية: كالبيع، والشراء، والهبة والإجارة، وسائر العقود، وكذلك التحرم بالصلاة، ونية الإحرام بالحج، والتلفظ بالطلاق، والعتق، والظهار، والرجعة، وأشباه ذلك.

والفعلية: كالاصطياد، والاحتطاب، والاحتشاش، وإحياء الموات، وقتل الكافر في الحرب، والزنى، والسرقة، وقتل النفس المحرمة، والوطء المقرر لكمال المهر، وأشباه ذلك.

وقد حكى بعض المصنفين خلافاً في أي النوعين أقوى من الآخر؟ فمن قائل: بأن السبب الفعلي أقوى، بدليل: أنه يصح من المحجور عليه، والعبد، بخلاف القولي، فإنه لا ينفذ من مثلهما، فلو وَطِىءَ السفيه أمته فأحبلها، صارت أم ولد، ولو أعتقها لم ينفذ ذلك، والعبد إذا اصطاد يصير ملكاً لمالكه، بخلاف ما إذا اتَّهَبَ من غير إذنه.

ومن قائل: بأن القولي أقوى، لأنه يستعقب مسببه، كالتلفظ بكلمة العتق، والفعلي قد يتأخر عنه كما في عتق أم الولد.

وهذا فيه نظر، لأن المترتب على الإحبال كونها أم ولد، وذلك لم يتأخر، وأما العتق فهو مسبب عن صيرورتها أم ولد لا عن الإحبال.

ثم الأسباب على ثلاثة أقسام[2]:

الأول: ما تقترن أحكامه بأسبابها.

والثاني: ما تتقدم أحكامه على أسبابها.

والثالث: ما اختلف فيه، هل تقع معها أو عقبها؟

---

(١) للاستزادة راجع قواعد العز بن عبد السلام ٢/ ٨٤.

(٢) ذكر هذا التقسيم العز بن عبد السلام في قواعد ٢/ ٨١.

أما الأول: فمثل حيازة المال المباح بالاستيلاء عليه، كالصيد، والمعادن، والحطب، والحشيش، والموات عند الإحياء، ونحو ذلك، وكقتل الكافر في الحرب فإنه يقترن به استحقاق سَلَبِهِ، وكشرب الخمر، والزنى، والسرقة، وقطع الطريق، إذ يترتب عليها حدودها والتفسيق معها، وكذلك وقوع ما تعلق عليه الطلاق والعتق، من دخول الدار ونحوه، فإن أحكامه تترتب عليه مقرونة به على الصحيح، وفيه خلاف يأتي ذكره.

والتحقيق في مثل هذا، أنه إنشاء للتعليق، لا تعليق للإنشاء، لأن الإنشاء يستحيل تعليقه كما يستحيل تعليق الإخبار، إذ هما نوعان من أنواع الكلام يستحيل وجودهما حيث لا كلام.

والشرط قد يوجد من المتكلم بإيماء ونحوه، حيث يستحيل كونه شارطاً ومخبراً، والتعليق إنما هو في النسبة الحاصلة بين جزئي الجملة، بمعنى أن تلك النسبة موقوفة على ذلك الشرط، والشخص المعلق حكم بتعليقه بذلك إما خبراً أو إنشاء، فحكمه حاصل الآن والموقوف على دخول الدار هو الطلاق لا التطليق، فإن الطلاق هو انقطاع العصمة، وهو انفعال ناشيء عن التعليق، ووجود الصفة، وهذا معنى قول الفقهاء: «الصفة وقوع لا إيقاع»، وأما قولهم: «التعليق مع الصفة تطليق»، فليس معناه أن الصفة جزء من التطليق الذي هو فعل الزوج، وإنما معناه: أنه عند ذلك يصدق التطليق لأن التطليق فعل الزوج، ويصرف منه تارة بالتخيير، وتارة بالتعليق، فإن وجد منجزاً صحيحاً، سمي تطليقاً، وإن وجد معلقاً، سمى تطليقاً بشرط، فإذا وجد الشرط تحقق التطليق، وهذا بحث انْجَرَّ الكلام إليه استطراداً لما فيه من الفائدة.

وأما القسم الثاني الذي تتقدم فيه الأحكام على أسبابها، فأصله: «ما ثبت أن النبي ﷺ أمر الضحاك[(١)] بن قيس رضي الله عنه أن يورث امرأة أشيم[(٢)] الضبابي من دية زوجها[(٣)]

---

(١) هو الضحاك بن سفيان بن عوف، كان والي الرسول ﷺ على قومه... الإصابة ٢/ ٢٠٧.

(٢) أشيم الضبابي قتل في عهد النبي ﷺ مسلماً فأمر الضحاك بن سفيان أن يورث امرأته من ديته. الإصابة ١/ ٥٢.

(٣) الحديث هو ما روى سعيد بن المسيب قال: كان عمر يقول: (الدية على العاقلة ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئاً حتى أخبره الضحاك بن سفيان الكلابي أن رسول الله ﷺ كتب إليه: (ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها).
أخرجه ابن ماجه ٢/ ٨٨٣، وسنن أبي داود ٣/ ١٣٠، والترمذي ٤/ ١٩ وقال حديث حسن صحيح.

فإن الدية إنما تجب بعد موت القتيل، وعند ذلك لا يتصور نقلها إلى ورثته، إذ لا يورث عن الميت إلا ما كان ملكه قبل الموت، فيقدر ثبوت الدية قبل موته، لتنتقل عنه إلى ورثته، وهذا هو التقدير على خلاف التحقيق، وله أمثلة كثيرة ستأتي إن شاء الله تعالى.

وأما المختلف[1] ففيه[2] فهو على ضربين:

أحدهما: ما يستقل به المتكلم، كالعتق، والطلاق، والإبراء، والرجعة، فقد اختلف أصحابنا فقال جماعة: إن أحكامها تترتب مقترنة بآخر حرفٍ من حروفها، كالقاف من أنت طالق، والراء من قوله: أنت حر، والكاف من قوله: راجعتك، ونحو ذلك، وهو اختيار الأشعري[3]، والحذاق، كإمام الحرمين، والغزالي، وابن عبدالسلام، والمتأخرين[4]، وقال آخرون: تقع هذه الأحكام عقيب اللفظ من غير تخلل زمان، وهو اختيار الشيخ أبي حامد الإسفراييني وأتباعه[5].

وكذلك القول في الضرب الثاني من المعاوضات المفتقرة إلى الإيجاب والقبول، يقترن الحكم بآخر حرف من قول المجيب، أو عقيبه من غير فصل؟ وكذلك الايقاعات المعلقة على شرط، فيه أيضاً هذا الخلاف بعينه، ويترتب عليه مسائل كثيرة:

منها: لو قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق، فأتت بولد بعد ولد، فعلى القول بالترتيب: تبين بالولد الثاني، لانقضاء العدة، وتقع طلقة واحدة، وعلى قول المقارنة: تقع طلقتان، وتكتفي بمصادفة آخر العدة.

ومنها: لو قال العبد لزوجته: إذا مات سيدي فأنت طالق طلقتين، وقال السيد لعبده: إذا مت فأنت حر، فوقوع الطلقتين وعتق العبد، يتعلقان جميعاً بموت السيد.

وهل يحل له نكاحها قبل زوج آخر، أو لا يحل حتى تنحك زوجاً آخر، لأنها بانت بالطلقتين؟

---

(١) وهو القسم الثالث من تقسيمات الأسباب مع أحكامها.

(٢) أي وقت ترتيب أحكامه على أسبابه.

(٣) هو أبو الحسن الأشعري على بن إسماعيل البصري انتهت إليه رياسة الدنيا في الكلام، نصر أهل السنة وقمع المعتزلة وغيرهم من المبتدعة بلسانه وقلمه، له مصنفات كثيرة منها الرد على المجسمة، وإمامة الصديق، وخلق الأعمال، وغيرها، توفي سنة ٣٢٠ هـ في بغداد. طبقات السبكي ٢/ ٢٤٥، وطبقات الأسنوي ١/ ٧٢.

(٤) قواعد الأحكام للعز ٢/ ٨٢-٨٣.

(٥) الروضة ٨/ ٢٩٥.

فيه وجهان يرجعان إلى هذا الخلاف، وظاهر كلام الرافعي أن الوجهين يجزئان[١] وإن قلنا بالمقارنة، لأنه وجه القول الأول، بأنها لا تحرم عليه بالبينونة الكبرى وهو الأصح بأن العتق والطلاق وقعا معاً ولم يكن رقيقاً بعد وقوع الطلاق حتى يحكم بالتحريم، ووجه الثاني: بأن العتق لم يتقدم وقوع الطلاق، فصار كما لو طلقها اثنتين ثم عتق، ثم قال: وللأول أن يقول: العتق كما لم يتقدم لم يتأخر أيضاً، وإذا وقعا معاً، جاز أن يغلب حكم الحرية، فصار كما لو أوصى لأم ولده بشيء، والثلث يحتمله، فإن العتق واستحقاق الوصية يتقارنان فتصح الوصية ويجعل كما لو تقدم العتق.

ومنها: إذا تزوج من له نكاح الأمة رقيقة مورثه، ثم قال لزوجته: إذا مات سيدك فأنت طالق، فمات السيد والزوج يرثه، فالطلاق والفسخ يقعان معاً بالموت، فأيهما يقع؟ فيه وجهان.

قال الشيخ أبو حامد: يقع الطلاق[٢]، لأن الموت يوجب ثبوت الملك للوارث، ثم الملك يقتضي الانفساخ [فكان الانفساخ]، مرتباً على ما يترتب على الموت، والطلاق يترتب على الموت، فكان الطلاق سابقاً بمرتبة.

وقال ابن الحداد والأكثرون: يحكم بالفسخ[٣]، لأنه أقوى من الطلاق، بدليل أنه يثبت قهراً، والطلاق يقع بالاختيار، كما في حجة الإسلام مع النذر، وأيضاً فإذا اجتمعا لم يقع الطلاق، كما لو قال: أنت طالق مع موتي.

ومنها: لو نكح الكافر لابنه الصغير بالغة ثم أسلم الأب والمرأة معاً!

قال في التهذيب: يبطل النكاح، لأن إسلام الولد يحصل عقيب إسلام الأب، فيحصل إسلامها قبل إسلام الزوج[٤]، وقد استشكله الرافعي، ويظهر تخريجه على الخلاف المتقدم.

وقد خرج الرافعي على الأصل المتقدم: ما إذا باع المفلس المحجور عليه ماله من غريمه بما له عليه من الدين، وقلنا بأن الحجر يرتفع عنه بوفاء ديونه، وقد جزم جماعة من الأصحاب في هذه الصورة بصحة البيع.

قال الرافعي: صحة البيع، إمّا أن تفتقر إلى تقديم ارتفاع الحجر، أو لا تفتقر؟ فإن

---

(١) الروضة ٨/ ١٧٣.

(٢) حلية العلماء ٧/ ٩٦.

(٣) وينسب هذا الرأي لابن سريج. المهذب ٢/ ٩٦.

(٤) الروضة ٧/ ١٤٣.

افتقرت، وجب أن يجزم بعدم صحة البيع للدَّوْرِ، فإنه لا يصح ما لم يرتفع الحجر، ولا يرتفع ما لم يسقط الدين، ولا يسقط الدين ما لم يصح البيع.

وإن لم تفتقر، فغاية الممكن اقتران صحة البيع بارتفاع الحجر، فيتخرج على الخلاف، وأشار إلى القاعدة المتقدمة[١].

وقد منع ابن الرفعة صحة هذا التخريج، لأن الحجر على المفلس بحق من له عليه الدين، فهو خاص بما يضر بحقه، وهو التصرف فيه مع الغير، فلا يدخل فيه تصرفه مع الغريم الذي حجر عليه من أجله، كما في المرهون، فإنه يصح بيعه من المرتهن، لأن الوثيقة كانت لحقه بالنسبة إلى الغير لا مع نفسه[٢].

وهنا خلاف في شيء آخر، وهو أنه إذا قال لامرأته المدخول بها: أنت طالق وطالق، وقعت طلقتان على الترتيب، ولو قال: أنت طالق ثلاثة، فوجهان:

الأصح: أنه تقع الثلاثة عند الفراغ من قوله: ثلاثاً، أو عقيبه من غير مهلة على الخلاف المتقدم.

والثاني: أنه يتبين بالفراغ وقوع الثلاث بقوله: أنت طالق.

قال الإمام: وهذا الخلاف مأخوذ من الخلاف فيما إذا قال: أنت طالق وماتت المرأة قبل أن يقول ثلاثاً، فإن قلنا هناك لا يقع شيء، فها هنا يقع ثلاث بالفراغ من قوله: ثلاثاً، وإن قلنا هناك تقع الثلاث، فيتبين وقوع الثلاث بقوله: أنت طالق.

قال: وقياس من قال: إنه تقع طلقة بقوله: يا طالق، أن تقع طلقة هاهنا بقوله: أنت طالق، ثم تقع تتمة الطلاق بقول: ثلاثاً، لكنه ضعيف، لأنه لا خلاف أنه لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثاً، أنه تقع الثلاث، وذلك يدل على أنها لا تقع مرتبة[٣].

أما إذا كان السبب المعلق عليه له أول وآخر، وحقيقة تتم بآخره. كالحيض، ففيه ثلاثة أوجه[٤]:

---

(١) فتح العزيز ١٠/ ١٢٧. والدَّور: تَوَقُّفُ كُلٍّ من الشيئين على الآخر.

(٢) سبق الرافعي ابن الرفعة إلى هذا الرأي، وقال: رداً على هذا التفصيل والأظهر ـ وبه قال أبو زيد ـ أنه لا يصح من غير مراجعة القاضي، لأن الحجر على المفلس لا يقتصر على الغريم الملتمس بل يثبت على العموم، ومن الجائز أن يكون له غريم آخر، والوجهان مفرعان على أن بيع المفلس من الأجنبي لا يصح فإن صح فهذا أولى. فتح العزيز ١٠/ ٢٢٥.

(٣) الروضة ٨/ ٨٢.

(٤) فتح العزيز ٢/ ١٠٩، والمجموع ٢/ ١٤٨.

أحدها: يجب الغسل بخروجه، وهو اختيار أكثر العراقيين.

والثاني: بانقطاعه، وبه قطع جمهور الخراسانيين.

والثالث: بالمجموع، فيجب بخروجه ولا يتحقق إلا عند انقطاعه[١].

وتظهر فائدة الخلاف[٢] فيما إذا استشهدت الحائض قبل الانقطاع، وقلنا الشهيد الجنب يغسل، فإن قلنا تجب بمجرد الخروج، غسلت وإلا فلا، وفيما إذا أجنبت قبل الحيض وفرعنا على القول الضعيف[٣] إنَّ الحائض تقرأ القرآن، فإن قلنا يجب الغسل بالانقطاع، فلها أن تغتسل للجنابة ثم تقرأ[٤]، وأما إذا علق طلاقها على الحيض ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يحكم بوقوع الطلاق بأول خروج الدم، فإذا بلغ حد أقل الحيض تبين وقوع الطلاق من أول ظهور الدم، وهو اختيار الإمام[٥].

والثاني: هو الأصح أنا نحكم بالوقوع كما[٦] ظهر الدم، لأن الظاهر أنه حيض، فإن انقطع قبل أن تبلغ أقل الحيض ولم تعد إلى خمسة عشر، تبين أن الطلاق لم يقع[٧].

البحث الثاني

السبب قد يكون واحداً وقد يكون أكثر، وكذلك المسببات، ثم الأسباب قد تقع دفعة، وقد تقع مرتبة، وقد يكون مسببها واحداً، وقد يكون أكثر، ثم قد تتداخل الأسباب والمسببات، وقد تتباين، فهذه أقسام.

---

(١) وهذا الرأي هو الذي رجحه الرافعي وقال هو الأظهر، وقال: كما يقال الوطء يوجب العدة عند الطلاق، والنكاح يوجب الإرث عند الموت، كذلك نقول: البول والمني يوجب الغسل والوضوء عند الانقطاع بل عند القيام إلى الصلاة. فتح العزيز ٢/ ١١٠.

(٢) المجموع ٢/ ١٤٩.

(٣) ذهب جمهور العلماء إلى تحريم قراءة القرآن على الحائض.
وذهب داود إلى جواز ذلك وروى جوازه عن ابن عباس وابن المسيب واختاره ابن المنذر وذهب مالك إلى جوازه في رواية، والرواية الأخرى عدم جوازه.
واحتج من جوز القراءة بما رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها: «أن النبي ﷺ كان يذكر الله تعالى على كل أحيانه»، قالوا والقرآن ذكر، ولأن الأصل عدم التحريم، وأجاب الجمهور بأن المراد بالذكر غير القرآن فإنه المفهوم عند الإطلاق. المجموع ٢/ ١٥٨-١٥٩.

(٤) المجموع ٢/ ١٤٩.

(٥) الروضة ٨/ ١٥١.

(٦) لعل الصواب إذا أو عندما.

(٧) لترجح أن هذا الدم استحاضة وليس حيضاً والتعليق كان على الحيض وليس على خروج الدم لسبب آخر.

[القسم] الأول: أن تتعدد الأسباب ومسببها واحد، كأسباب الوضوء والغسل، ولا فرق بين أن يقع دفعة [واحدة] أو مرتبة، تجزىء عنها طهارة واحدة بلا خلاف.

نعم، ولو نوى رفع حدث واحد منها، ففيه أوجه:

أصحها: [أنه] يرتفع حدثه مطلقاً.

والثاني: المنع مطلقاً.

والثالث: إن نوى رفع الأول صح، وإلا فلا.

[والرابع: إن نوى رفع الأخير صح، وإلا فلا].

والخامس: إن تعرض لغير ما نواه بالنفي لم يصح وضوؤه، وإلا صح[1].

وقالوا فيمن نوى بوضوئه استباحة صلاة معينة، ثلاثة أوجه:

وأصحها: أنه يستبيح به غيرها أيضاً.

والثاني: أنه لا يستبيح به غير ما نواه، قاله ابن سريج، وغلطوه فيه.

والثالث: الفرق بين أن ينفي غير ما نواه، أو لا ينفيه كما تقدم[2].

واتفقوا على أن المرأة إذا كان عليها جنابة وحيض فاغتسلت لأحدهما، يجزئها عنهما، ولم يجروا فيه الأوجه المتقدمة، وفرقوا بينهما، بأن تعيين النية في الأحداث غير مشروعة ولا معتادة، فأثر فيها التعيين لتقصير الناوي، بخلاف الحائض فإن العادة أن تنوي ذلك، وفي هذا الفرق نظر!

ومن هذا القسم: تعددت المرات في الوطء بالشبهة، والموطوءة واحدة، فإنها تتداخل أيضاً ولا يجب إلا مهر واحد، وكذلك تعدد مرات الزنى إذا لم يحد عن الأول، فإنه لا يجب بالجميع إلا حد واحد.

القسم الثاني: أن تتعدد المسببات ولكن يختلف الحكم المرتب عليها، فتارة يمكن الجمع بينهما، بأن يندرج أحدهما في الآخر فيقال به، كاندراج تحية المسجد في صلاة الفرض، أو النفل الراتب، وتارة لا يمكن ذلك كما إذا قتل واحد جماعة، فإن وقع ذلك مرتباً، قتل بالأول وكان للباقين الدية، فإن عفا الأول قتل بالثاني، وهكذا على الترتيب، فإن لم يعف ولي الدم ولم يقتص لم يعترض عليه، ولم يكن لولي الدم الثاني

---

(١) فتحب العزيز ١/٣١٩-٣٢٠، والمجموع ١/٣٢٦.

(٢) المجموع ١/٣٢٧.

المبادرة إلى قتله، وإن قتلهم دفعة بأن هدم عليهم جداراً، أو جرحهم فماتوا جميعاً، أقرع بين أوليائهم، فمن خرجت له القرعة، أُقِيْدَ[1] به وكانت الدية للباقين، وهل القرعة واجبة أو مستحبة؟ فيه وجهان:

رجح الأكثرون الأول.

وظاهر النص يقتضي الثاني، واختاره ابن كج، والروياني[2]، فعلى هذا للإمام أن يقتله بما شاء ويأخذ الدية للباقين.

وإن أشكل الحال، فلم ندر أقتلهم دفعة أم مرتباً؟ جعل كما لو قتلهم دفعة وأقرع[3].

ومن صور هذا القسم:

إذا اجتمع في شخص جهتا فرض يرث بهما[4] في أنكحة المجوس، فإنه لا يمكن الجمع بينهما، بل يرث بأقواهما، وقد يفضي ذلك إلى تساقطهما جميعاً، كالبينتين إذا تعارضتا فإنهما تسقطان على الأصح.

القسم الثالث: يتحد السبب ويتعدد المسبب لكن يندرج أحدهما في الآخر، وفيه صور:

إحداها: الجناية على الأطراف إذا أفضت إلى الموت، فإن دية الأطراف تندرج في دية النفس.

وثانيتها: الايلاج يقتضي الوضوء والغسل، ويجزئه الغسل عنهما على الصحيح.

وثالثهما: الزنى يوجب الحد، ويحصل معه الملامسة، والمفاخذة، وذلك يقتضي التعزير، فيندرج التعزير في الحد ولا يجمع بينهما.

ورابعتها: زنى المحصن، فإنه يوجب الرجم، ومطلق الزنى يقتضي الجلد والتعزير، فيندرج ذلك في زنى المحصن، ولا يجمع بين الجلد والرجم، وفيه خلاف لبعض

---

(١) أُقيد به: قُتلَ به.

(٢) الروضة ٩/ ٢١٩، وظاهر النص: أي نص الشافعي.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المهذب ٢/ ٣٠، وحلية العلماء ٦/ ٢٩٤، والروضة ٦/ ٢٤، والمغني ٧/ ١٨٠.

السلف، لحديث دل على الجمع بينهما[1]، وهو قول أحمد بن حنبل واختاره ابن المنذر[2].

وحجة الجمهور للأحاديث الصحيحة، أن النبي ﷺ لما رجم ماعزاً والغامدية[3] لم يجلد واحداً منهما.

وخامستها: خروج المني يوجب الغسل ولا يوجب الوضوء على المذهب، وإن قلنا إن المني نجس، واختار القاضي أبو الطيب أنه يوجب الوضوء أيضاً[4].

وسادستها: الحيض والنفاس يوجبان الغسل، ولا يوجبان الوضوء، صرح بذلك ابن خيران في كتابه اللطيف[5] حكاه عنه ابن الصلاح في مجموع له بخطه، ويوافقه قول الشيخ نصر المقدسي[6] في التهذيب[7] إنَّ خروج الخارج يوجب الوضوء ما لم يوجب الغسل، وقد عبر أصحابنا عن هذه المسائل كلها بقاعدة وهي: «أنَّ ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه لا يوجب أهونهما بعمومه»[8].

القسم الرابع: أن تتعدد المسببات عن سبب واحد، وذلك على ضربين:

[الضرب] الأول: أن يترتب على السبب دفعة واحدة وله صور كثيرة:

منها: قتل الخطأ، يترتب عليه الدية والكفارة.

---

(١) وهو قوله ﷺ: «خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم». صحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ٢٠١.

(٢) المغني لابن قدامة ١٠/ ١٢٤، وفتح الباري ١٢/ ١١٩.

(٣) حديث ماعز والغامدية ورد بروايات متعددة في الصحيحين، صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١٢/ ١١٧ وما بعدها، وصحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ١٩٣ وما بعدها.

(٤) فتح العزيز ٢/ ١١، والمجموع ٢/ ٤.

(٥) هو كتاب لابن خيران في مجلد كبير كثير الكتب والأبواب فيه أربعة وستون كتاباً وألف ومائتان وعشرون بابا، وترتيبه ليس على الترتيب المعهود. كشف الظنون ٢/ ١٥٥٥.

(٦) المقدسي: هو الشيخ نصر بن إبراهيم المقدسي النابلسي شيخ المذهب بالشام، تفقه على سليم الرازي وأقام بالقدس مدة، ثم قدم دمشق فسكنها، زاره السلطان فلم يقم له ولا التفت إليه، حضر الغزالي حلقته تبركاً به، له مصنفات مشهورة منها: التهذيب والتقريب والكافي، توفي سنة ٤٩٠هـ. تهيب الأسماء واللغات ٢/ ١٢٥، وطبقات الأسنوي ٢/ ٣٨٩.

(٧) التهذيب: كتاب في الفقه. كشف الظنون ١/ ٥١٨.

(٨) ذكر هذه القاعدة الرافعي في فتح العزيز ٢/ ١٢ والنووي في المجموع ٢/ ٤ والزركشي في المنثور ٣/ ١٣٢ والسيوطي في الأشباه والنظائر ص ٢٧٨.

ومنها: إتلاف مال الغير عمداً، يترتب عليه الضمان والتعزير.

ومنها: قذف المحصنة، سبب للجلد والتفسيق، وكذلك زنى البكر يجب به التفسيق والجلد والتغريب، وزنى الثيب يترتب عليه التفسيق والرجم.

ومنها: الحدث الأصغر، سبب لتحريم الصلاة والطواف وسجود التلاوة والشكر والسهو ومس المصحف وحمله، وتزيد عليه الجنابة تحريم قراءة القرآن واللبث في المسجد، ويزيد الحيض على ذلك بتحريم الصوم والوطء والطلاق، إلى تمام عشرين حكماً يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى.

وأكثرُ شيء يترتب عليه الأسباب الكثيرة الوطْء، فإنه يتعلق به مائة ونيف وعشرون حكماً، وعقد النكاح يترتب عليه أربعون حكماً، وستأتي مفصلة فيما بعد إن شاء الله تعالى.

والضرب الثاني: من الأسباب ما تترتب الأحكام عليه على وجه الترتيب، كالحنث في اليمين، والوطء في نهار رمضان، والظهار، والتمتع بالعمرة إلى الحج، ونحو ذلك.

القسم الخامس: قد تتعدد الأسباب لمسبب واحد بالنسبة إلى أصله لا إلى تفاصيله ويكون اختلافها بحسب اختلاف تلك الأسباب، مثاله: الإرث، فإن أسبابه أربعة: قرابة، ونكاح، وولاء، وجهة الإسلام[١]، فهي أسباب لأصل الإرث، ولكن كيفية الإرث تختلف بحسب تنوع الأسباب، وجعل جهة الإسلام أحد أسباب التوريث على المذهب المشهور. وفيه قول حكاه ابن اللبان[٢]، وهو وجه لبعض الأصحاب أيضاً: أن مال من ليس له وارث خاص حكمه حكم المال الضائع، فلا يرثه المسلمون بالعصوبة، ولا يتحملون عنه الدية، لأن هذا الميت لا يخلو عن عَصَبَةٍ وإن بعدوا، فلما لم يعرفوا بقي كالمال الضائع، فيوضع في بيت المال ويصرف في المصالح، ويتخرج على هذين القولين مسائل:

---

(١) المراد بجهة الإسلام: أن من مات ولم يخلف وارثاً بالأسباب الثلاثة الأخرى وفضل عنه شيء، كان ماله لبيت المال يرثه المسلمون بالعصوبة، كما يتحملون ديته، هذا هو الصحيح المشهور، وفيه وجه أنه يوضع في بيت ا لمال على سبيل المصلحة لا إرثاً. الروضة ٦/ ٣.

(٢) ابن اللبان: هو أبو الحسين محمد بن عبدالله البصري الفَرَضي المعروف بابن اللبان، كان إماماً في الفقه والفرائض وصنف فيها كتباً كثيرة منها كتاب الإيجاز، توفي سنة ٤٠٢هـ. طبقات الشيرازي ص ١٢٠، وطبقات الأسنوي ٢/ ٣٦٢.

منها: أنه لا يجوز صرفه إلى المكاتبين، على القول المشهور إنه إرث، ويجوز على القول الآخر، حكاه الرافعي عن المتولي[١].

ومنها: جواز صرفه إلى القاتل، وفيه وجهان على القول الأول، ووجه الجواز أن تهمة استعجال الإرث لا تتحقق هنا، لجواز صرفه إلى غيره[٢].

ومنها: جواز صرفه إلى من أوصى له بشيء، وذلك جائز على القول الثاني، وأما على القول الأول فوجهان:

أحدهما: لا يصح، لئلا يجتمع له بين الوصية والإرث، ويخير بينهما.

والثاني: يجوز، لأنه ليس وارثاً معيناً. وإرثه غير متحقق إذ يجوز صرفه إلى غيره بخلاف الوارث جزماً[٣].

ومنها: جواز الوصية ممن لا وارث له لبعض المسلمين وذلك جائز أيضاً على القول الثاني، وكذلك على القول الأصح، وهو المشهور في المذهب لما أشرنا إليه من التعليل.

وحكى القاضي حسين وجهاً أنه لا يصح أصلاً، لأنه وصية لوارث، وهو ضعيف لما تقدم، ولأن المنع من الوصية للوارث لئلا يزيد أخذه على ما فرضه الله تعالى، والغريب الأجنبي ليس له حصة معلومة، وإن قدرناه وارثاً.

ومنها: إذا أوصى من لا وارث له بأكثر من الثلث، فعلى القول الأول: هي باطلة، وهو الصحيح، لأن الزائد على الثلث يتوقف على إجازة الوارث الخاص، والوارث هنا جماعة المسلمين فلا يوصل إلى إجازتهم.

وعلى القول الآخر: يجوز ذلك، وهو وجه حكاه جماعة[٤]، لأن المنع في حديث سعد[٥] رضي الله عنه[٦] لحق الورثة، كما أشير إليه في الحديث ولا وارث

---

(١) الروضة ٦/٣.

(٢) المصدر السابق.

(٣) قال النووي في الروضة ٦/٤: والأصح الجواز.

(٤) منهم: أبو عاصم العبادي. الروضة ٦/١٠٩.

(٥) سعد: هو سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أحد العشرة المبشرين بالجنة وآخرهم موتاً، وهو أحد الستة من أهل الشورى، فتح العراق، وولي الكوفة في عهد عمر رضي الله عنه، وكان مجاب الدعوة توفي سنة ٥٦هـ. وقيل غيرها. الإصابة ٢/٣٣.

(٦) الحديث عن عامر بن سعد عن أبيه رضي الله عنهما قال: جاء النبي ﷺ يعودني وأنا بمكة وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها قال: (يرحم الله ابن عفراء) قلت: يا رسول الله أوصي =

هنا[1].

واختلفوا على القول الأول: هل للإمام أن يجيز هذه الوصية؟ وذلك مبني أولاً على إجازة الوارث الخاص للزائد على الثلث، هل هو تنفيذ وصية أو ابتداء عطية؟

وفيه وجهان: والأصح الأول، فعلى الثاني للإمام ذلك، كما يجوز له أن يملك طائفة من المسلمين قطعة من بيت المال إذا رأى مصلحة في ذلك، وأما على أن الإجازة تنفيذ، فينبني على أن الإمام هل يعطى حكم الوارث الخاص أم لا؟ فيه خلاف أيضاً.

والذي صححه القاضي حسين وجزم به الروياني: صحة إجازة الإمام في هذه الصورة، وجزم جمهور العراقيين بالمنع، وهو الأصح[2]، والله أعلم.

البحث الثالث

تقدم أن الأسباب تنقسم إلى قولية وفعلية، والغالب في الفعلية أن تكون نصبت ابتداء للسببية، وقد تجيء منها أفعال قائمة مقام السبب القولي، وذلك في صور:

منها: تقديم الطعام للضيفان، فإنه قائم مقام الإذن القولي لهم، ويحِل لهم الأكل بمجرده، وفيه وجه ضعيف.

ومنها: إرسال الهدية إلى المهدى إليه، فإن قبلها تملكها بمجرد ذلك على الصحيح، وفيه وجه أنه يشترط فيها الإيجاب والقبول، والعمل قديماً وحديثاً على خلافه.

= بمالي كله، قال: (لا)، قلت: فالشطر، قال: (لا) قلت: الثلث، قال: (فالثلث والثلث كثير، إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس في أيديهم). صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٥/ ٣٦٣، وصحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ٧٦.

(١) الموصي إما أن يكون له وارث أو لا.
فإن كان له وارث: فإنه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث لما تقدم من الحديث، فإن أوصى بالزيادة عن الثلث فإن وصيته عند البعض باطلة، لأن النهي يقتضي الفساد، والصحيح أنها موقوفة على إجازة الورثة، لأنها صادفت ملكهم.
وإن لم يكن له وارث، وأوصى بأكثر من الثلث، فعند الجمهور هي باطلة، للسبب الذي ذكره المصنف، وذهب الحنفية وإسحاق وأحمد في رواية وغيرهم إلى جواز الزيادة على الثلث، لأن الموصي لا يترك في هذه الحالة من يخشى عليه الفقر، ولأن الوصية جاءت في الآية مطلقة، وقيدتها السنة بمن له وارث، فبقي من لا وارث له على إطلاقه. حلية العلماء ٦/ ٦٩، وشرح صحيح مسلم للنووي ١١/ ٧٧، والمجموع ١٥/ ٤١١.

(٢) الروضة ٦/ ١٠٨، والمنثور في القواعد ١/ ٢٠١.

ومنها: إعطاء الفقير الصدقة تطوعاً وهي كالهدية.

ومنها: خلعة الأمير على من يعطيه كُسوة ممن هو دونه، لا تحتاج إلى تمليك أيضاً، والعادة مستمرة به، وفي كلام أبي عبدالله الزبير[1] من أصحابنا: إلحاق الكسوة بها، وفيه نظر، وفرق بين الخِلْعَةِ والكسوة بوجهين:

أحدهما: أن الخلعة تكون من الأعلى إلى الأدنى، ولا تكون غالباً إلا على وجه التشريف لمن خلعت عليه، والكسوة تقال لكل من أعطى غيره ملبوساً على غير هذا الوجه، كالوالد لولده.

[وثانيهما: أن الخلعة لا تكون إلا مَخِيطة، وأما الكسوة فتقال للمخيط وغيره].

ومنها: إذا نحر الهدي وغمس نعله في دمه وضرب صفحة سنامه. هل يجوز للمارة الأكل منه بمجرد ذلك؟ فيه قولان: الأصح عند صاحب التهذيب الجواز[2].

ومنها: المعاطاة فيما جرت به العادة في المبيعات، على الخلاف المتقدم.

ومنها: استصناع من جرت عادته بالعمل للغير، كالغسال والحلاق، وقد تقدم أيضاً.

ومنها: تسليم العوض في الخلع، إذا قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فوضعتها بين يديه، فإنها تطلق بمجرد ذلك، ويملكه الزوج وقد تقدم أيضاً.

ومنها: لو تضرع من عليه القصاص ليؤخذ منه الفداء وأحضره، فأخذه المستحق من غير تلفظ العفو، فهل يكون ذلك عفواً ويملك به المأخوذ؟ فيه وجهان: والأصح في الروضة أنه يقوم مقام العفو.

ومنها: إذا أشعر بَدَنة وقلدها ونوى أنها هدي أو أضحية، أو ذبح شاة ونوى بها الأضحية، ولم يتلفظ [بشيء] فالقديم أنه تجزئه ويقع الموقع، والجديد أنه لا بد في ذلك من التلفظ وهو الصحيح[3].

---

(١) أبو عبدالله الزبير بن أحمد بن سليمان الزبيري من ولد الزبير بن العوام الصحابي المعروف، كان حافظاً للمذهب عارفاً بالأدب خبيراً بالأنساب، يقول الماوردي: شيخ أصحابنا في عصره، وكان أعمى، من تصانيفه كتاب النية والأمارة ورياضه المتعلم، توفي سنة ٣١٧هـ. تهذيب الأسماء واللغات ٢/ ٢٥٦، وطبقات الأسنوي ١/ ٦٠٦.

(٢) وصححه النووي كذلك في المجموع ٨/ ٣٧١.

(٣) الروضة ٣/ ٢٠٨.

واحتج للقديم بفعل النبي ﷺ في بُدْنِهِ، وأنه لم ينقل لفظ.

ومنها: إذا استحق القصاص في اليمين، فقال الجاني: أخرج يمينك، فأخرج اليسار عمداً فقطعها، والمخرج يعلم أن اليسار لا تجزىء عن يمينها، بل قصد الإباحة ولم يتلفظ بها، فالمشهور أنه لا يجب عليه القصاص ولا الدية، نص عليه الشافعي، وتابعه جمهور الأصحاب[1].

وحكى ابن كج عن أبي الحسن بن القطان: أنه حكى وجهاً بوجوب الضمان إذا لم يأذن لفظاً[2]، واحتج الجمهور بأن الفعل يقوم مقام اللفظ، واستشهدوا بتقديم الطعام إلى الضيف، وكذلك إذا قدم الطعام إلى من استدعاه منه، كان كما لو قال له: كلْ ذلك، وبأنه لو قال له: ناولني متاعك لألقيه في البحر، فناوله إياه، كان كما لو نطق بالإذن حتى لا يجب عليه الضمان إذا ألقاه في البحر.

ولو قال له: أخرج إلي يدك أقطعها، أو ملكني يدك، ففعل، كان إباحة.

واعترض الرافعي على ذلك كله: بأن القرينة فيها قامت مع الفعل مقام الإذن.

ومنها: لو قصد قطع يد الغير ظلماً، فمكنه ذاك منها ولم يدفعه، فهل يكون ذلك إهداراً؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، إذ لم يؤخذ منه لفظ، ولا فعل، فهو كما لو أتلف ماله وهو ساكت.

والثاني: نعم لأنه سكت في موضع يحرم فيه السكوت، فدل على الرضا[3].

ومنها: إذا قطع المقتص اليسار بدلاً عن اليمين في الصورة المتقدمة، وقال: قطعتها على ظن أنها تجزىء عن اليمين، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجزىء عن قصاص اليمين.

وأصحهما: وبه قال الجمهور منهم: الشيخ أبو حامد والقاضي حسين أنه يسقط قصاص اليمين، كما يجعل الإخراج مع قصد الإباحة كالتصريح بالإباحة، فعلى هذا يعدل مستحق اليمين إلى الدية، واليسار هدر بالإباحة[4].

---

(١) الروضة ٩/ ٢٣٤.

(٢) وحمل نص الشافعي على ما إذا أذن لفظاً. الروضة ٩/ ٢٣٤.

(٣) الروضة ٩/ ٢٣٩.

(٤) المصدر السابق.

ومنها: الوطء يقوم مقام اللفظ في صور كلُّها مختلفٌ فيها:

منها: إذا وطىء البائع الجارية المبيعة في مدة الخيار، فالصحيح ـ وبه قطع جماعة ـ أنه يكون فسخاً[(١)]، وقيل: لا يكون، كوطء الرجعية[(٢)]، وقيل: إن نوى به الفسخ حصل، وإلا فلا.

والفرق على الأصح بينه وبين الرجعية، أن الرجعة جعلت لتدارك ملك النكاح، وابتداؤه لا يكون بالفعل بل إنما يحصل بالقول، وكذا تداركه، والفسخ لتدارك ملك اليمين، وابتداؤه يحصل بالفعل في الجملة، كالاصطياد، وإحياء الموات، فكذا تداركه، وعليه لو قبل أوباشر فيما دون الفرج، أو لمس بشهوة هل يكون فسخاً؟ فيه وجهان: أصحهما: لا[(٣)].

ومنها: وطء المشتري في هذه الصورة، وفيه أربعة أوجه:

أصحها: أنه يكون أيضاً إجازة لتضمنه الرضا.

والثاني: لا.

والثالث: إن كان عالماً بثبوت الخيار له، كان إجازة، وإلا فلا، كما في الوطء بعد الاطلاع على العيب ويتصور جهله بالخيار، بأن يرثها في مدة الخيار لمورثه ولا يعلمه أن له الخيار.

---

(١) لأنه يشعر بالإمساك واختلاف العلماء في ذلك مبني على اختلافهم في ملك المبيع زمن الخيار لمن؟ فيه ثلاثة أقوال:

أولاً: للمشتري، والملك في الثمن للبائع.

ثانياً: للبائع، والملك في الثمن للمشتري.

ثالثاً: موقوف، وكذلك بالنسبة للثمن. الروضة ٣/ ٤٤٨.

(٢) اختلف الفقهاء في الوطء هل تحصل به الرجعة أم لا؟

أولاً: ذهب الشافعية ورواية عن أحمد أن الوطء لا تحصل به الرجعة، بل لا بد من القول الصريح للقادر عليه، ولا تصح من باب أولى بدواعيه من القبلة والمباشرة بشهوة، والحجة في ذلك أن الطلاق يزيل النكاح فلا بد لاستباحة بُضع مقصود من القول كالنكاح.

ثانياً: ذهب الحنفية إلى أن الوطء تحصل به الرجعة، سواء نوى الرجعة بذلك أم لا لاستدامة النكاح، والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة، كما في إسقاط الخيار.

ثالثاً: ذهب المالكية إلى اشتراط نية الرجعة مع الوطء.

المهذب ٢/ ١٠٤، وحلية العلماء ٧/ ١٢٥، وبداية المجتهد ٢/ ٦٠، والهداية لابن الحسن المرغيناني ٢/ ٥.

(٣) والرأي الثاني: أن الجميع فسخ، وبه قطع البغوي في التهذيب. الروضة ٣/ ٤٥٥.

والرابع: قال القاضي حسين، إن وطىء في خيار الشرط بطلَ، وفي خيار المجلس وجهان.

وكل هذا مبني على أن الملك في زمن الخيار للمشتري، ولو علم البائع أن المشتري يطأ الجارية في زمن الخيار وسكت عليه، هل يكون ذلك إجازة؟ فيه وجهان: أصحهما: لا[1].

ومنها: لو وجد البائع بالثمن عيباً، فهل يكون وطؤه للجارية المبيعة به فسخاً؟ فيه وجهان [أيضاً].

ومنها: إذا أفلس مشتري الجارية، فوطئها البائع، هل يكون رجوعاً منه؟ فيه وجهان أيضاً، أصحهما: لا، قال النووي: وهو حرام قطعاً[2].

ومنها: وطءُ الوالد جاريةً وهبها من ولده، هل يكون رجوعاً؟ فيه وجهان أيضاً، أصحهما: لا، [قال النووي: وهو حرام قطعاً][3].

ومنها: وطء الموصي الجارية الموصى بها، فإن اتصل به إحبال كان رجوعاً، وإن عزل فلا، وإن أنزل ولم يحبل، فوجهان: أصحهما ليس برجوع، وقال ابن الحداد: هو رجوع[4].

ومنها: إذا أسلم على أكثر من أربع، فوطىء إحداهن، هل ذلك تعيين لها؟ فيه طريقان:

أحدهما: أن فيه وجهين.

والثاني: القطع بأنه لا يكون تعييناً، وهو الأصح من الوجهين أيضاً[5].

ومنها: إذا وطىء الأب جارية ابنه فأحبلها، فهل تصير أم ولد؟ فيه ثلاثة أقوال:

أصحها: نعم.

والثالث: الفرق بين أن يكون موسراً أو معسراً، ومتى تنتقل الجارية إلى ملك الأب، فيه أربعة أوجه:

---

(١) المجموع ٩/ ٢٠٣.

(٢) الروضة ٥/ ٣٨٤.

(٣) المصدر السابق، والزيادة من ب.

(٤) الروضة ٦/ ٣١٠.

(٥) لأن الاختيار هناك كالابتداء، ولا يصح ابتداء النكاح واستدامته إلا بالقول. الروضة ٧/ ١٦٠.

أحدها: قبيل العلوق، ليسقط ماؤه في ملكه صيانة له، وبه قطع البغوي.

والثاني: مع العلوق، وهو اختيار الإمام.

والثالث: عند الولادة.

والرابع: عند أدائه القيمة بعد الولادة[1].

ومنها: إذا طلق إحدى زوجتيه لا بعينها أو أعتق إحدى أمتيه كذلك، فهل يكون وطء إحداهما تعييناً؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، وبه قال المزني وجماعة[2]، ونسبه الماوردي إلى الأكثرين، وقال هو ظاهر مذهب الشافعي[3].

والثاني: لا يكون تعييناً، وبه قال ابن الحداد، وابن أبي هريرة، ورجحه المتولي، وابن الصباغ، والرافعي في المحرر[4]، وقال[5] في الشرح: الخلاف عند بعضهم مبني على أن الطلاق يقع عند اللفظ أو عند التعيين؟ فإن قلنا عند اللفظ، فالوطء تعيين[6]، وإن قلنا عندالتعيين[7]، فالفعل لا يصلح موقعاً[8].

قلت: وهذا يقتضي ترجيح كون الوطء تعييناً، لأن الأصح: أن الطلاق يقع من حين اللفظ.

وذكر صاحب الشامل: أن من فروع القول بأن الوطء تعيين، أن الزوج لا يمنع من أيهما شاء، وإنما يستمر المنع منهما إذا لم يجعل الوطء تعييناً[9].

---

(١) المصدر السابق ٧/ ٢٠.

(٢) كأبي إسحاق وابن كج. الروضة ٨/ ١٠٥.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المحرر: كتاب في فروع الشافعية للرافعي، وهو كتاب مشهور ومعتبر بينهم وهو مختصر كتاب الوجيز للغزالي. كشف الظنون ٢/ ١٦١٢.
وتوجد منه نسخة مخطوطة بدار الكتب المصرية تحت رقم ٢٤٣ فهرس دار الكتب المصرية قسم الفقه.

(٥) الروضة ٨/ ١٠٥، وحلية العلماء ٧/ ١١٢.

(٦) قال النووي: وهو الصواب، وقد رجحه الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والروياني وآخرون، وقالوا: لولا وقوع الطلاق لما منع منهما، وهذا أقرب. الروضة ٨/ ١٠٤.

(٧) وهذا ما رجحه الشيخ أبو علي وجماعة. المصدر السابق.

(٨) أي موقعاً للطلاق لأن الطلاق لا يقع إلا باللفظ، أو بالأفعال القائمة مقامه كالكتابة والإشارة للأخرس.

(٩) الروضة ٨/ ١٠٥.

قال الرافعي: ولما أطلق الأكثرون المنع منهما جميعاً، أشعر ذلك بأن الظاهر عندهم أنه ليس بتعيين[1].

وإن جعلنا الوطء تعييناً، فهل تكون سائر الاستمتاعات تعييناً؟ فيه وجهان، بناء على الخلاف في أن المباشرة فيما دون الفرج هل تحرم الربيبة[2]؟

أما إذا قال: إحداكما طالق، أو حرة ونوى واحدة معينة، ثم طولب بالبيان، فوطىء إحداهما فإن ذلك لا يكون تعييناً للطلاق أو للعتق في الأخرى، وجهاً واحداً.

ومنها: أن الرجعة لا تحصل بالوطء على المذهب المشهور[3]، وحكى صاحب[4] الذخائر[5] وجهاً عن الشاشي عن ابن سريج: أنه تقع به الرجعة، كمذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى وطرده في التقبيل واللمس بشهوة.

وعلى المشهور: فالفرق بينه وبين وطء البائع في مدة الخيار بما تقدم وبأن الوطء موجب للعدة فيستحيل أن يكون قاطعاً لها، لأن القطع ضد الوجوب، والشيء الواحد لا يوجب سببين متضادين، والوطء بملك اليمين لا يثبت الخيار، فجاز أن يكون قاطعاً له.

ومنها: إذا وطىء السابي الجارية المسبية كان متملكاً لها، قطع به الجرجاني في كتاب المُعَاياة[6] وفرق بينه وبين الرجعة، بأن الرجعة استباحة بُضع، والوطء لا يدل على الاستباحة، لأن الاستباحة تسبق الفعل، بخلاف التملك بالسبي، فإن القصد منه مجرد التملك دون استباحة البضع، ولهذا يجوز أن يملك من لا يستبيح بضعها، والوطء يدل على الملك فإنه لا يقع إلا فيه.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) الرأي المشهور أن الربيبة لا تحرم إلا بالدخول بأمها، أما المباشرة فيما دون الفرج ففيه قولان:
الأول: أنه يتعلق بها التحريم، وهو قول الحنفية.
والثاني: أنه لا يتعلق بها تحريم. المهذب ٢/ ٤٤، وحلية العلماء ٦/ ٢٧٥، والهداية ١/ ١٣٩.

(٣) المهذب ٢/ ١٠٤.

(٤) هو أبو المعالي مجلي بن جميع المخزومي الشافعي صاحب الذخائر توفي سنة ٥٥٠هـ. كشف الظنون ١/ ٨٢٢ وهدية العارفين ٢/ ٤ وحسن المحاضرة في أخبار مصر والقاهرة للسيوطي ١٧٩.

(٥) الذخائر كتاب في فروع الشافعية للقاضي أبي المعالي مجلي بن جميع وهو من الكتب المعتبرة في المذهب وهو كثير الفروع والغرائب. كشف الظنون ١/ ٨٢٢.

(٦) المعاياة: كتاب للجرجاني اسمه المعاياة في أنواع الاحتمالات في الفروع وله كتاب آخر بهذا الاسم المعاياة في الأصول. هدية العارفين ١/ ٨٠.

وتتصور المسألة فيما إذا قسم الإمام الغنيمة قسمة تَحكُّم، فخص بعضهم ببعض الأعيان أو الأنواع، قال البغوي في هذه الصورة: لا يملكه الغانم قبل اختيار التملك على الأصح، حتى لو ترك بعضهم حقه صرف إلى الباقين، والله أعلم.

البحث الرابع

إذا علق طلاقها على ما يمكن الاطلاع عليه، فادعته وأنكر، لم يقبل إلا ببينة، وإن كان لا يعلم إلا من جهتها، لم يحتج فيه إلى بينة في حق نفسها، كما لو علق طلاقها بحيضها، فقالت: حضت، فالقول قولها مع يمينها، لأن النساء مؤتمنات على ما في أرحامهن، ويتعذر إقامة البينة على الحيض، فإن الدم وإن شوهد لا يعرف أنه حيض، بل لا بد من الاعتماد على الأدوار، وإنما يعرف ذلك من جهتها، بخلاف ما إذا علق ذلك على دخولها الدار ونحوه من الأفعال التي يمكن الاطلاع عليها، فإنها تحتاج فيه إلى البينة عند التنازع لسهولة ذلك.

وقد قالوا في المودَع إذا ادعى التلف: إنه يقبل قوله مع يمينه في التلف بالسبب الظاهر والخفي جميعاً، لأن المودِع ائتمنه في ماله فلزمه تصديقه، والزوج لم يأتمن المرأة، ولكن دل الشرع على أنها أمينة في الحيض بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فاقتصر بذلك على مثله دون الأمور الظاهرة.

وأيضاً فالمودع إذا ادعى التلف بسبب ظاهر لا يخفى مثله، كالحريق والنهب، لا يصدق في السبب بل يكلف الإقامة عليه، ثم يكون القول قوله في التلف به، فلما كانت المرأة يقبل قولها في انقضاء العدة بالأقراء لأنها أمينة في ذلك، وجعله المكلف سبباً لوقوع طلاقها، فكأنه قد ائتمنها على ذلك، فلزمه تصديقها، ويتخرج على ذلك مسائل:

منها: إذا قال: إن أضمرت بغضي فأنت طالق، فزعمت أنها أضمرته، صدقت، فإن اتهمت، حلفت، إذ لا يطلع على ضميرها إلا من جهتها، وهو قد نصبه سبباً فلزمه تصديقها[1].

ومنها: إذا علق الطلاق بمشيئتها، فقالت: شئت، يقع الطلاق، والكلام في كون ذلك على الفور أو على التراخي؟ لا تعلق له بما نحن فيه.

نعم، اختلفوا هنا في شيئين:

---

(١) الروضة ٨/ ١٥٣.

أحدهما: إذا قالت: شئت، وهي كارهة بقلبها، فإن الطلاق يقع ظاهراً، وهل يقع باطناً؟ اختلف فيها القفال وأبو يعقوب الأبيوردي[١] وتناظرا، فقال أبو أيوب: لا يقع، كما لو علق بحيضها فقالت: حضت وهي كاذبة، وقال القفال: يقع، ومال القاضي حسين إلى قول أبي يعقوب، وذكر البغوي أن المذهب ما قاله القفال، لأن التعليق بلفظ المشيئة لا بما في الباطن، فإنه لو علق الطلاق بمشيئة أجنبي فقال: شئت، صدق، وإن كان لا يصدق في مثل هذا في حق الغير[٢] كما سيأتي.

قال الرافعي: ولو وجدت الإرادة دون اللفظ، فعلى ما قال القفال، لا يقع الطلاق، وعلى ما قال الأبيوردي، فيه تردد، لأن كلامه يستدعي جواباً على العادة، وإرادة القلب لا تكفي جواباً للخطاب[٣].

الثاني: لو كانت صبية مميزة، أو علق ذلك بمشيئة صبي مميز، ففيه وجهان:

أصحهما: أنه لا يقع، وذكر الإمام: أن ميل الأكثرين إليه، إذ لا اعتبار بمشيئة مثله، وكما لو قال لمثلها: طَلِّقي نفسك، فطلقت، لم يقع.

والثاني: أنه يقع، اعتباراً باللفظ المعلق عليه[٤].

ومنها: إذا قال: إن زنيت فأنت طالق، فقالت: زنيت، فوجهان:

أصحهما: أنها لا تطلق لإمكان اطلاع البينة.

ووجه القول الآخر: أنه من العمل الخفي، وإليه ميل الغزالي[٥].

قال الرافعي: وطرد الخلاف في الأفعال الخفية التي لا يكاد يطلع عليها[٦].

---

(١) الأبيوردي: هو أبو يعقوب يوسف بن محمد الأبيوردي، تخرج بأبي طاهر الزيادي وتفقه عليه الشيخ أبو محمد الجويني من تصانيفه المسائل في الفقه، نقل الرافعي عنه في أكثر من موضع، لم يذكر من ترجم له تاريخ وفاته.
طبقات السبكي ٥/ ٣٦٣، وطبقات الأسنوي ١/ ٦٠.

(٢) الروضة ٨/ ١٥٧.

(٣) الروضة ٨/ ١٥٨، كفاية الأخيار ٢/ ١٧٣.

(٤) المهذب ٢/ ٩٧.

(٥) عبارة الوجيز لا تشعر بميله إلى أحد الوجوه حيث قال: «وفي زناها وولادتها خلاف». الوجيز ٢/ ٦٧.

(٦) الروضة ٨/ ١٥٣.

ومنها: إذا علق الطلاق بولادتها فقالت: ولدت، وأنكر الزوج وقال: هو مستعار، فوجهان أيضاً[1].

وقبول قولها هنا أبعد من الزنى، ولذلك كان الأصح افتقاره إلى البينة كالدخول، وقال الماوردي: هو قول جمهور الأصحاب[2].

وقال القاضي أبو حامد وابن الحداد: يقبل قولها فيه كالحيض، فإنه يقبل قولها في انقضاء العدة بهما جميعاً، يعني على الصحيح، وإلا ففيه وجه، وأنه لا بد من البينة عليه[3].

وثالث: قاله أبو إسحاق المروزي: إن ادَّعت وضع ولد كامل فلا بد من البينة بخلاف غيره.

ورابع: إن ادعت وضع ميت لم تظهره فلا بد من البَيِّنَة عليه[4].

ومنها: لو قال: أبيني نفسك، فقالت: أبنتُ نفسي، وادعت نية الطلاق، وكذبها، فالقول قولها مع يمينها على الأصح.

والوجه الآخر حكاه القاضي حسين والعراقيون: أن القول قوله، لأن الأصل بقاء النكاح، وقد حكاه الماوردي عن الأصطخري[5].

ومنها: إذا فوض طلاقها إلى وكيله فقال لها: أمرك بيدك، وقال: نويت به الطلاق، فإن كذبه الزوجان، لم يقع، ولم يقبل قوله عليها، وإن كذبه الزوج وصدقته الزوجة، صدق الوكيل على الأصح، لأن الزوج قد ائتمنه، ووجه مقابله: أن الأصل بقاء النكاح[6].

ومنها: لو قال: إن أحببت دخول النار فأنت طالق، فقالت: أحببت دخولها، ففي وقوع الطلاق وجهان:

أحدهما: لا يقبل قولها، لأن أحداً لا يحب ذلك فيقطع بكذبها.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) الحاوي ١٣/ ١٣١.

(٣) حلية العلماء ٧/ ١٠٩.

(٤) الحاوي ١٣/ ١٣١.

(٥) الحاوي ١٣/ ٣٤، والروضة ٨/ ٤٨.

(٦) الروضة ٨/ ٥٠.

والثاني: يقبل وتطلق، لأنه لا يعرف إلا من جهتها.

ومنها: لو أذن المرتهن للراهن في الوطء، فأتى الراهن بولد، وادعى أنه وطئها، فأتت به، وكذبه المرتهن في الوطء، فالأصح أن القول قول المرتهن، لأن الأصل عدمه.

ووجه الآخر: أن ذلك لا يعرف إلا منه، لعسر اطلاع البينة عليه، وهو قادر عليه، فيقبل إقراره به.

أما إذا كان المعلق على الأمر الخفي طلاق غيرها كقوله: إن حضت فضَرتك طالق، فقالت: حضت، وأنكر الزوج، فالقول قوله مع يمينه، ولا تصدق هي في حق الضرة، ووجهه بأنه لا سبيل إلى وجوب قبول قولها من غير يمين، ولو حلفناها كان التحليف لغيرها إذ لا تعلق للخصومة بها، والحكم للإنسان بحلف غيره محال، فجرينا على الأصل وصدقنا المنكر.

فلو قال: إذا حضت فأنت وضرتك طالق، فقالت: حضت، وكذبها الزوج فحلفناها فتطلق هي قطعاً، وفي الضرة وجهان:

الصحيح أنها [لا] تطلق لما تقدم.

وعن صاحب التقريب: أنه يقع عليها أيضاً، لئلا يتبعض المصدق فيه، ويعضد الأول أنه لو مات وحلف اثنان فادعى أحدهما ديناً وأقام به شاهداً، وحلف معه، لا تثبت إلا حصته، لأن الأيمان لا تدخلها النيابة، وكذلك هنا، والله أعلم.

البحث الخامس

إذا علق حكماً على سبب سيقع، وكان ذلك السبب يختلف بحسب وقت التعلق ووقت وقوعه، فأيهما المعتبر؟ فيه خلاف، أصله ما إذا أوصى بثلث ماله هل يعتبر الثلث حال الوصية أو حال الموت؟ وفيه وجهان:

أصحهما: بيوم الموت، إذ به يحصل الملك.

والثاني: بيوم الوصية، كما لو نذر التصدق بثلث ماله، ويبتني على هذا مسائل في الوصية لا تعلق لها بما نحن فيه هنا، والذي يتخرج عليها من التعليق صور:

منها: إذا قال العبد لزوجته: إذا دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً، فعتق العبد ثم دخلت الدار فوجهان:

أحدهما: لا يقع إلا طلقتان، لأنه لما علق الثلاثة لم يكن يملكها، فهو كتعليق الطلاق قبل النكاح.

والثاني: وهو الأصح يقع الثلاث نظراً إلى حالة وجود الصفة.

وقال الإمام: الأول أقيس.

ومنها: إذا قال لأمته: إذا علقت بمولود بعد لفظي هذا فهو حر، فأتت به، فهل ينفذ العتق؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا اعتبار بحالة التعليق بعدم وجوده.

والثاني: ينفذ نظراً إلى حالة الصفة[١].

ومنها: إذا قلنا إن طلاق الفار لا يقع[٢]، فعلق طلاقها في الصحة على صفة وجدت في المرض، وكانت الصفة قد توجد في الصحة وقد توجد في المرض، كقدوم زيد مثلا، ففيه قولان:

والأصح أنه ليس بفار[٣].

ولو علق بفعل من أفعال نفسه ثم أتى به في المرض كان فاراً، وعن الشيخ أبي محمد أنه لا يكون فاراً نظراً إلى حالة التعليق.

ومنها: لو قال: أنت طالق إن شاء زيد، وكان ناطقاً فخَرِس، فهل تكفي إشارته وتقوم مقام النطق؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم اعتباراً لحالة وجود الصفة، لأن إشارته حينئذ قائمة مقام النطق، وكما لو كان أخرس ثم نطق فإن مشيئته حينئذ بالنطق قولاً واحداً.

---

(١) الروضة ٨/ ١٧٣.

(٢) طلاق الفار: هو طلاق المريض مرض الموت، ومثله طلاق من قدم ليقتل في قصاص أو رجم، وسمي بالفار لاتهامه أنه لجأ إلى الطلاق فراراً من حصتها في الميراث، ولا خلاف في أن طلاق المريض في الوقوع كطلاق الصحيح، ولكن اختلف في ترتب بعض آثاره عليه كالتوارث مثلاً، وقد اختلف الفقهاء في طلاق الفار هل يكون قاطعاً للميراث؟ للاطلاع على تفاصيل ذلك انظر: الروضة ٨/ ٧٢، وبداية المجتهد ٢/ ٨٦.

(٣) الروضة ٨/ ٧٣-٧٤.

والثاني: أنه لا يكفي، اعتباراً بحالة التعليق[1]، وينسب هذا إلى ظاهر النص، وهو اختيار الشيخ أبي حامد[2].

ومنها: إذا قلنا لا ينفذ عتق الراهن، فلو علق عتق المرهون بصفة ثم وجدت الصفة بعد فك الرهن، ففيه وجهان، والأصح أنه لا يعتق.

قال الإمام: وللمسألة نظائر يجمعها أن الاعتبار بحالة التعليق أو بحالة وجود الصفة.

وعليه يخرج خلاف الأصحاب في أن الصحيح إذا علق عتق عبد بصفة، ثم وجدت في مرض الموت، هل يحسب العتق من رأس المال أو من الثلث؟ فيه خلاف.

وشبه الرافعي تعليق عتق المرهون بصفة إذا وجدت بعد فك الرهن، بالمسألة المتقدمة أولاً في تعليق العبد الطلاق الثلاث، ثم قال: ولا خلاف في أن تعليق العتق بفكاك الرهن ينفذ عند الفكاك[3].

وحكى عن الإمام أن الفرق بين المسألتين: أن الطلقة [الثالثة] ليست مملوكة للعبد ومحل العتق مملوك للراهن، وإنما منع لحق المرتهن[4]، يعني وقد زال ذلك عند الفكاك المعلق به.

ثم قال الرافعي: ولعلك لا تنقاد لذلك الفرق وتقول: العتق غير مملوك للراهن، كما أن الطلقة الثالثة غير مملوكة للعبد، ومحل الطلاق مملوك للعبد، كما أن محل العتق مملوك للراهن فلا فرق[5].

قلت: ولهذا أشار الغزالي في البسيط إلى تخريج خلاف في مسألة التعليق بفكاك الرهن ومسألة تعليق العبد، وفي كلام الإمام ما يقتضي المنع من ذلك.

ومنها: إذا علق طلاقها بصفة ثم وجدت تلك الصفة وهي حائض، قالوا: يقع بِدْعياً، ولكن لا إثم فيه، بل يستحب فيه المراجعة، ولم يجروا [فيه] الخلاف.

قال الرافعي: ويمكن أن يقال: إن وجدت الصفة بفعله أثم بإيقاعه في حالة

---

(١) وهو أن مشيئته عند تعليق الطلاق كانت بالنطق.

(٢) المهذب ٢/ ٩٧، وحلية العلماء ٧/ ٩٩.

(٣) فتح العزيز ١٠/ ٩٥.

(٤) فتح العزيز ١٠/ ٩٥.

(٥) المصدر السابق.

الحيض، ثم حكى عن القفال: أنه بدعي بمجرد التعليق، لأنه يحتمل وجود الصفة في الحيض[1]، وهذا فيه تأمل.

فإن كان مراده أنه يتبين بالآخرة أنه بدعي بمجرد التعليق فصحيح، وإن كان أراد أنا نحكم عليه حالة التعليق بأنه بدعي، فبعيد جداً.

ومنها: إذا قال: إن دخلت الدار فيمينك طالق، فقطعت يمينها ثم دخلت، ففي وقوع الطلاق خلاف من حيث إنَّ ابتداء التعليق كان لها يمين، وعند وجود ذلك لم يكن لها يمين.

ومما يتخرج على هذا الأصل: رهن المعلق عتقه بصفة يعلم تأخرها عن حلول الدين فإنه يصح، فلو لم يتفق بيعه في الرهن حتى وجدت الصفة فينبني على هذا الخلاف.

إن قلنا الاعتبار بحالة التعليق عتق، وكان للمرتهن فسخ المبيع المشروط فيه هذا الرهن إن كان جاهلاً، وقال المتولي: لا خيار له[2].

وإن قلنا الاعتبار بحالة وجود الصفة فهو كإعتاق المرهون.

البحث السادس

إذا تردد السبب المعلق عليه بين وجه استحالة ووجه إمكان، فعلى أيهما يحمل؟ فيه خلاف في صور:

منها: إذا قال: إن حضتما حيضة فأنتما طالقتان، وفيه وجوه:

أحدها: أنه لغو، ولا يطلقان وإن حاضتا، لأن اتحاد حيضة واحدة في اثنتين محال.

والثاني: أنه يعتبر قوله، وهو الأصح[3]، ثم هنا وجهان:

قال الإمام: إنه يحمل على أنه أراد إذا حاضت كل منهما حيضة، إذ هو السابق على الفهم من مثل هذا، فينزل عليه تصحيحاً للكلام، فيقع الطلاق عند تمام الحيضتين.

وقال الشيخ أبو حامد وصاحب المهذب: يلغي قوله حيضة، ويستعمل قوله: إن حضتما، فيقع الطلاق إذا ابتدأ الحيض بهما.

---

(١) الروضة ٨/٦.

(٢) الروضة ٤/٤٧.

(٣) لأن الكلام إذا كان مفهوم المعنى وأمكن حمله على الصحة ـ وإن كان على وجه المجاز ـ لم يجز حمله على الإلغاء والفساد. الحاوي ١٢/٤١٣.

الوجه الثالث: حكاه ابن يونس[1] عن تعليق الشيخ أبي حامد: أنهما يطلقان في الحال، كالتعليق على المستحيل على رأي[2].

ومثلها إذا قال لهما: إن ولدتما ولدا فأنتما طالقتان، قال ابن القاص: يلغو ولا يقع به طلاق[3]، وقال غيره: هو كما لو قال: إن ولدتما، ويحمل قوله: ولداً على الجنس، وقد قيل: إن هذا أصل المسألة السابقة وإنَّ متقدمي أصحابنا وأصحاب أبي حنيفة اختلفوا فيها، فقال الربيع وأبو يوسف: لا يلحقهما طلاق، وقال المزني ومحمد بن الحسن[4]: إذا ولدتا طلقتا[5].

وقد يعبر عن هذا الخلاف بعبارة أخرى وهي: إذا ورد على شيئين، وأمكن أن يكون مميزاً لكل واحد منهما، وأن يكون مميزاً للمجموع، فعلى ماذا يحمل؟ فيه خلاف.

ويتخرج عليه أيضاً: ما إذا قال أحد الشريكين في عبدين مناصفة: بعتك ربع هذين العبدين، فهل يكون المبيع الربع من كل واحد منهما، أو ربع نصيبه، بحيث يكون من كل واحد منهما ثمنه؟ فيه وجهان:

ومثلها: إذا خالعها قبل الدخول بنصف الصداق، وأطلق، فهل ينزل على النصف الذي يبقى لها أو يشيع؟ فيه قولان:

أصحهما: عند الأكثرين: أنه يشيع، لإطلاق اللفظ، وكأنه خالعها على نصف نصيبها ونصف نصيبه، فيبطل في نصف نصيبه.

وفي نصف نصيبها لتفريق الصفقة قولان:

---

(١) ابن يونس: هو شرف الدين بن يونس، أخذ العلم عن أبيه في الموصل، إلى أن صار إماماً كبيراً، درس في المدرسة المظفرية في أربيل، ثم تركها وعاد إلى الموصل، من تصانيفه شرح التنبيه للشيرازي، وله مختصران من الإحياء صغير وكبير، توفي سنة ٦٢٢هـ. طبقات السبكي ٥/ ١٧، وطبقات الأسنوي ٢/ ٥٧٢.

(٢) المهذب ٢/ ٩٠، وحلية العلماء ٧/ ٧٦، والروضة ٨/ ١٥٣.

(٣) الروضة ٨/ ١٥٣.

(٤) هو: محمد بن الحسن بن فرقد نسبته إلى بني شيبان بالولاء إمام في الفقه والأصول، ثاني أصحاب أبي حنيفة بعد أبي يوسف له تصانيف منها: الجامع الكبير والجامع الصغير والمبسوط والسير الكبير والسير الصغير والزيادات وكلها تسمى عند الحنفية كتب ظاهر الرواية، ولي القضاء للرشيد بالرقة واستصحبه في مخرجه إلى خراسان فمات بالري سنة ١٨٩ هـ. الفوائد البهية ص ١٦٣، وشذرات الذهب ١/ ٣٢١.

(٥) الحاوي ٢/ ٤١٣.

إن لم يصح بقي لها عليه نصف الصداق، وله عليها مهر المثل في أصح القولين، ومثل نصف الصداق أو قيمته في القول الآخر.

وإن صح في نصف نصيبها، فلها عليه ربع الصداق، ويسقط الباقي بحكم التشطير وعوض الخلع، ثم أحد القولين أنه لا يستحق لعوض الخلع إلا الربع صح الخلع فيه والأظهر أن له مع ذلك نصف مهر المثل على أصح القولين، وربع مثل الصداق أو قيمته على القول الآخر(١).

ومثلها أيضاً: تصرف أحد الشريكين في النصف المطلق من العين المشتركة بالسوية، هل ينزل على النصف الذي له أو يشيع؟ فيه قولان:

ومنها: لو قال لامرأتيه: إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقتان، فدخلت كل واحدة منهما إحدى الدارين، وفيه وجهان:

أحدهما: تطلقان لدخولهما الدارين.

والثاني: لا، لأن قضيته دخول كل واحدة منهما الدارين(٢).

ومنها: لو قال: إن أكلتما هذين الرغيفين فأنتما طالقتان [فأكلت كل واحدة منهما رغيفاً فعلى الوجهين](٣) قال الرافعي: قالوا: يقع الطلاق لأنه لا مساغ فيه للاحتمال الثاني(٤)(٥)، وذكر الشيخ صدر الدين أنه ينبغي أن يجري فيه الخلاف في صورة الحيض

---

(١) الروضة ٧/ ٣٢٠.

(٢) قال الشيرازي: وهو الصحيح لأنه علق طلاقه بدخول الدارين، فلا تطلق واحدة منهما بدخول إحدى الدارين، كما لو علق طلاق كل واحدة منهما بدخول الدارين بلفظ مفرد. المهذب ٢/ ٩٨.

(٣) الزيادة إضافة من المحقق لكي تجري المسألة وفق القاعدة وهو نص كلام الشيرازي في المهذب ٢/ ٨٨.

(٤) قال النووي: الأصح في مسألة الدارين عدم الطلاق، وصححه صاحب المهذب وغيره، والمذهب في الرغيفين الوقوع، وطرد صاحب المهذب فيه الوجهين. الروضة ٨/ ١٩٦.

(٥) جاء في بدائع الصنائع ٣/ ١٣٠ للكاساني: الأصل في جنس هذه المسائل أن الزوج متى أضاف الشيء الواحد إلى امرأتين وجعل وجوده شرطاً لوقوع الطلاق عليهما ينظر:

أ- إن كان يستحيل وجود ذلك الشيء منهما، كان شرط وقوع الطلاق عليهما، وجوده في أحدهما.

ب- وإن كان يستحيل وجوده معهما جميعاً، كان وجوده منهما شرطاً لوقوع الطلاق عليهما، لأن كلام العاقل يجب تصحيحه ما أمكن، إن أمكن تصحيحه بطريق الحقيقة، وأن لم يمكن تصحيحه بطريق الحقيقة يصحح بطريق المجاز.

وهذا ما ذهب إليه النووي في تصحيحه في الهامش السابق فحمل مسألة الرغيفين على (أ) فصحح وقوع الطلاق، وحمل مسألة الدارين على (ب) فصحح عدم وقوع الطلاق.

السابقة يعني في الاستحالة.

ومنها: لو قال لامرأته وأجنبية: إحداكما طالق، وزعم أنه أراد الأجنبية، وفيه الخلاف[١].

وقد خرجه الإمام على هذه القاعدة المذكورة، ولا يخلو عن نظر[٢].

أما إذا لم تكن له نية في واحدة منهما، فإنه يقع الطلاق على زوجته، قاله البغوي في فتاويه[٣] وابن الرفعة، وكلام الماوردي ينزل عليه في مسألة ما لو قال ذلك لمن نكحها نكاحاً صحيحاً ومن نكحها نكاحاً فاسداً[٤].

ووجهه أنه أوقع الطلاق بين محله وغير محله، فيصرف إلى محله لقوته وشِرْعة نفوذه.

ومنها: لو قال لعمياء: إن رأيت فلاناً فأنت طالق، فالأصح أنه تعليق لمستحيل فلا يقع في الحال، وذكر الإمام في النهاية[٥]: أنه المذهب.

وفيه وجه أنه يحمل على حضورها عنده واجتماعهما في مجلس واحد، لأن الأعمى قد يقول قد رأيت فلاناً، بمعنى حضوره وإياه[٦]، فعلى هذا لو قال: أردت به رؤية البصر، قال القاضي حسين لا يقبل على أصح الوجهين، وقال المتولي: لا يقبل ظاهراً قولاً واحداً.

قلت: اختلف في مسائل المذهب في الرؤية، فقالوا: فيمن قال: إن رأيت فلاناً فأنت طالق، إنها إذا رأته حياً أو ميتاً، مستيقظاً أو نائماً، فإنه يقع الطلاق، ويكفي رؤية شيء من بدنه.

---

(١) والصحيح أنه يقبل قوله بيمينه وبه قطع الجمهور. الروضة ٨/ ١٠٢.

(٢) لأن القاعدة المذكورة هي في تردد السبب المعلق عليه بين وجه استحالة ووجه إمكان، وفي هذه المسألة لا يوجد تعليق وإنما وجد طلاق يحتمل أن يصرف إلى أحدهما، والنية هي التي تعين أحدهما.

(٣) الروضة ٨/ ١٠٢. والفتاوي هذه ذكرها صاحب كشف الظنون ٢/ ١٢٢ في علم الفتاوى.

(٤) الحاوي ١٣/ ١٥٦.

(٥) اسم النهاية الكامل: «نهاية المطلب في فروع المذهب» لإمام الحرمين الجويني، قال ابن خلكان عنه: لم يؤلف في الإسلام مثله، جمعه بمكة وأتمه بنيسابور، واشتمل على أربعين مجلداً، اختصره ابن أبي عصرون في سبعة مجلدات وسماه صفو المذهب في نهاية المطلب. كشف الظنون ٢/ ١٩٩٠.

(٦) الروضة ٨/ ١٩٠.

وفيه وجهٌ: المعتبرُ رؤيةُ الوجه.

ولو رأته في ماء صاف لا يمنع الرؤية المطلقة، طلقت على الأصح[1]، وكذا لو رأته من وراء زجاج شفاف، وقال القاضي حسين: لا يقع فيها طلاق.

وتردد الإمام فيما لو رأت خياله في مرآة أو ماء صاف.

قال الرافعي: والأظهر أنه لا يقع الطلاق، وبه أجاب صاحب التهذيب في المرآة، والمتولي في الماء[2].

وقالوا فيمن علق الطلاق على رؤيتها الهلال، أو رؤية نفسه: إنَّ المعتبر فيه العلم، فإذا رآه غير المعلق عليه يقع، وعليه حمل قوله ﷺ: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته»[3] وتمام العدد كرؤية الهلال حتى يقع الطلاق.

وإن لم ير الهلال لحائل، فلو قال المعلق: أردت بالرؤية المعاينة قُبِل قوله في الباطن، وفي الظاهر وجهان: أشبههما القبول أيضاً.

وفي التهذيب أنه إذا كان المعلق برؤيته أعمى، لم يقبل التفسير بالمعاينة في الظاهر[4].

قال الرافعي: ويجزئ على ما ذكرناه فيما إذا قال: إن رأيت فلاناً فأنت طالق، أنا نسوي بين الأعمى والبصير في قبول التفسير بالمعاينة، وبالقبول أجاب الحناطي، وحكى فيما إذا أطلق ولم يرد شيئاً قولين في أنه هل يقع الطلاق برؤية الغير[5]؟

قلت: فعلى هذا إنما يحمل جزماً على رؤية الغير، إذا أراد بالرؤية العلم، وهو قوي لأن إطلاق الرؤية بمعنى العلم إنما جاء في الحديث للإجماع على أنه لا يشترط في تكليف كل واحد بالصوم رؤية نفسه، بل يكفي برؤية من تثبت به الرؤية، فيصدق حينئذ تصور الرؤية برؤية البعض لإطلاق اللفظ، بخلاف التعليق على رؤية واحد معين، فإن الأصل في الحقيقة رؤية البصر، فينصرف اللفظ إليها عند الإطلاق، وكان ينبغي أن يقطع بالعلم في التعليق برؤية الأعمى، وهو وجه حكاه في التهذيب، لأن رؤية البصر مستحيلة في حقه فلا ينصرف اللفظ إليها مع شيوع ذلك.

---

(١) الحاوي ١٣/ ٧٩.

(٢) ذكرت هذه المسألة في الروضة ٨/ ١٩٠ دون نسبة الأقوال إلى أصحابها.

(٣) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٤/ ١١٩، وصحيح مسلم بشرح النووي ٧/ ١٩٠.

(٤) الروضة ٨/ ١٩١.

(٥) الروضة ٨/ ١٩١.

ويمكن تخريج هذه المسألة على تعارض الحقيقة المرجوحة والمجاز الراجح وقد تقدمت هذه القاعدة.

وقد قال القفال: إنه إذا كان التعليق بالعجمية يحمل على رؤية البصر دون العلم، وسواء فيه البصير والأعمى، لأن العرف المذكور لم يثبت إلا في العربية.

ومنع الإمام ذلك وقال: لا فرق بين اللغتين[1].

قال ابن الرفعة: وفي كلام صاحب التهذيب ما يقتضي ترجيح قول القفال، وهو ما حكاه في التتمة أيضاً.

أما إذا رآه المعلق على رؤيته نهاراً، فالمشهور أنها لا تطلق حتى تغرب الشمس، وعلله القاضي حسين وغيره: بأن الهلال لا يسمى هلالاً إلا إذا رُئِيَ في زمان الليل، وفيه وجه أنها تطلق بذلك، وخص مجلي في الذخائر الخلاف بما إذا قال: أردت رؤية البصر، أما إذا حمل على العلم فلا تطلق في الحال، وإذا جاء الليل طلقت. وجزم في التتمة بعدم الوقوع إذا كان التعليق برؤية البصر، وعلله بما ذكره القاضي حسين[2].

قال الرافعي: وإذا أطلق التعليق برؤية الهلال حمل على أول شهر يستقبله حتى إذا لم ير في الشهر الأول يرتفع اليمين، كذا قاله في التهذيب[3].

قال: وهذا يخالف القول بوقوع الطلاق بتمام العدد على ما مر، ويمكن أن يحمل ذلك على ما إذا صرح بالمعاينة أو فسر بها، وقبلناه.

وقد أجرينا الكلام في هذه المسائل إلى بحثين يجريان مجرى القواعد أيضاً:

أحدهما: أنه يؤخذ من قولهم إذا رأيت الهلال فأنت طالق، فإنها تطلق برؤية غيرها، أنَّ ما علق على فعل فاعل فهل يقوم فعل غيره مقامه؟

ويتخرج عليه أيضاً: إذا قال: من عليه دين لمستحقه إن أخذت مالك علي فامرأتي طالق.

قال الرافعي: إذا أخذه مختاراً طلقت امرأة المديون، سواء كان مختاراً في الإعطاء أو مكرها، وسواء أعطى بنفسه أو بوكيله، أو استلبه رب الدين.

---

(١) الروضة ٨/ ١٩١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٩١.

(٢) لم أعثر على توثيق هذه الأقوال فيما بين يدي من الكتب.

(٣) الروضة ٨/ ١٩١.

قال: وبمثله أجاب صاحب التهذيب، فيما إذا أخذه السلطان فدفعه إليه.

وفي كتب العراقيين[١]: أنه لا يقع الطلاق إذا أخذه السلطان ودفعه إليه، لأنه تبرأ ذمة المديون إذا أخذه السلطان، ويصير المأخوذ ملكاً له، فلا يبقى له عليه حق[٢] حتى يقال أخذ حقه منه.

ولو أداه أجنبي عنه، قال الدارَكي[٣]: لا يقع لأنه بدل حقه، لا حقه.

أما إذا قال: إن أخذت حقك مني فلا يقع بإعطاء السلطان من ماله، ولا بإعطاء وكيله، ولو أكرهه السلطان حتى أعطى بنفسه، فعلى القولين في فعل المكره، وكذلك إذا قال: إن أعطيتك حقك، فإنه لا يقع أيضاً بإعطاء الوكيل ولا بإعطاء السلطان[٤].

وثانيهما: أن دوام المعلق عليه، هل ينزل منزلة ابتدائه؟ الظاهر أنه لا ينزل منزلة ابتدائه، لأن الشرط يستدعي استئنافاً، ونفيه الشيء لا يكون استئنافاً فيه لغة ولا عرفاً.

وذكر الرافعي مسألتين:

إحداهما: إذا قال: إن حضت فأنت طالق، وكانت حائضاً حينئذ، فلا يقع الطلاق حتى تطهر ثم تحيض.

والثانية: إذا قال: إذا أدركت الثمار فأنت طالق، وكانت الثمار مدركة، فهو تعليق بالإدراك المستأنف في العام القابل[٥].

ثم استشكل الرافعي ذلك بقوله في كتاب الإيمان: إن استدامة اللُّبس والركوب لبس وركوب، قال: فليكن الحكم كذلك في الطلاق[٦].

قال: وفي الشامل والتتمة وجه آخر، أنه إذا استمر بها الدم بعد التعليق ساعة يقع الطلاق ويكون دوام الحيض حيضاً[٧].

---

(١) الحاوي ١٣/ ٨٠.

(٢) الروضة ٨/ ١٩٥.

(٣) الداركي: هو أبو القاسم عبد العزيز بن عبدالله الداركي نسبة إلى دارك ـ بفتح الراء ـ من قرى أصبهان، درس بنيسابور ثم سكن بغداد، وانتهت إليه رئاسة العلم بها، توفي سنة ٣٧٥هـ. طبقات الأسنوي ١/ ٥٠٨، والعبر ٢/ ٣٨٠.

(٤) الروضة ٨/ ١٩٥، وكفاية الأخيار ص ١٨٢.

(٥) الروضة ٨/ ١٥٢.

(٦) المصدر السابق.

(٧) المصدر السابق نفسه.

قلت: وفيه نظر، لما تقدم من اقتضاء صيغة الشرط والاستئناف، والفرق لائح بين هذا وبين اللبس والركوب، لأنهما من المصادر السيالة التي يطلق اللفظ على كل جزء منها بخلاف الحيض، وأنه يعتبر بابتداء وانتهاء، فلا تطلق على استدامته ابتداء.

وإدراك الثمار أبعد من ذلك، فإنها بعد حصوله لم يبق له تجدد شيء بعد شيء كدم الحيض، والله أعلم.

ومما يشبه المسائل المتقدمة: أنت طالق اليوم إذا جاء الغد، فإن المشهور أنها لا تطلق لما بينهما من التناقض[1]، وبه قال ابن سريج[2].

وقال القاضي حسين: ذكر العراقيون فيها وجهين، وعندي أن الطلاق يقع، ويلغو قوله إذا جاء الغد[3].

وقال الإمام: لا يبعد أن يقال: يقع الطلاق إذا جاء الغد مستنداً إلى اليوم، كما لو قال: إذا جاء زيد فأنت طالق قبل قدومه بيوم[4].

وذكر غيره بينهما فرقاً، فإنه لم يجعل قدوم زيد شرطاً في وقوع الطلاق قبله حتى يقع الطلاق قبل الشرط إنما أخبر أنه إذا وجد القدوم طلقت قبل ذلك، فنظيره أن تقول في مسألتنا: أنت طالق اليوم إذا جاء الغد، وأنت من أهل الطلاق فلا يخرج ذلك مخرج الشرط، ولا يخلو الفرق عن نظر، والله أعلم.

البحث السابع

تقدم أن من تمكن من الحج فلم يحج حتى مات، أنه يتبين فسقه، ومن أي وقت يحكم بذلك؟ فيه خلاف تقدم أيضاً، وأن من قال: إن لم أطلقك فأنت طالق، ثم مات ولم يطلقها، أن الطلاق يقع قبيل موته حتى يتحقق اليأس من فعل المحلوف عليه[5].

قال الإمام: ولم يصر أحد من الأصحاب إلى إسناد الطلاق إلى وقت اللفظ إذا تحقق اليأس، وهو محتمل، أخذاً من الحكم بفسق التارك للحج من أول زمن الاستطاعة،

---

(١) فقد علق الطلاق بمجيء الغد فلا يقع قبله، وإذا جاء الغد فقد مضى اليوم الذي جعله محلاً للإيقاع فكان ذلك تناقضاً.

(٢) الروضة ٨/ ١٢٣.

(٣) يقول النووي: الأصح لا تطلق، وبه قطع صاحب التنبيه وهو الأشبه بالتعليق بمحال. الروضة ٨/ ١٢٤، ومعنى يلغو: يبطل.

(٤) ذكر هذا الرأي في الروضة ٨/ ١٢٣ دون نسبته لأحد.

(٥) الروضة ٨/ ١٣٣.

ولم أذكر هذا ليكون وجهاً، فإن الأصحاب مجمعون على أن الطلاق لا يستند إلى وقت اللفظ، ثم ذكر فيما إذا جُنَّ أنا لا نحكم عليه بشيء[١]، فإذا اتصل جنونه بالموت، تبينا وقوع الطلاق قبيل الجنون.

واستشكل الغزالي هذا في البسيط وقال: بجواز أن يكون الحكم بالاستناد إلى ما قبل الموت، وأبدى الرافعي هذا وجهاً مأخوذاً من وجه حكاه الشيخ أبو علي[٢] فيما إذا قال: إن لم أتزوج عليك فأنت علي كظهر أمي، ثم جن، واتصل جنونه بالموت، فإنا لا نحكم بصيرورته مظاهراً إلا قبيل الموت[٣].

وقال الرافعي: فيمن قال: إن لم أطلقك اليوم فأنت طالق، إنه إذا مضى اليوم ولم يطلق، يحكم بوقوعه تفريعاً على الصحيح بوقوع الطلاق قبيل غروب الشمس بحصول اليأس حينئذٍ[٤].

وأورد ابن الرفعة عليه: أنه كان ينبغي أن يقال: يقع الطلاق عقيب الغروب، لأن الوقت صالح للوقوع، بخلاف ما بعد الموت، فإنه لما لم يصلح لذلك احتجنا إلى أن نقدره قبيل الموت.

ثم أجاب: بأن الشرط ليس مضي اليوم وانقضاء العمر، بل عدم التطليق فيهما، وإن لم يبق فيهما ما يسع التطليق تحقق اليأس، فوقع المعلق عليه في ذلك الزمن.

قال: ويجري مثل هذا فيما إذا قال: إن لم أطلقك اليوم فأنت طالق اليوم [فمضى اليوم ولم يطلقها][٥] على ما حكاه الشيخ أبو حامد.

---

(١) لاحتمال الإفاقة فإن اتصل بالموت تبينا حصول اليأس من وقت الجنون فيحكم بوقوع الطلاق قبيل الجنون. الروضة ٨/ ١٣٥.

(٢) المقصود أبو علي الطبري لأن الرافعي نقل عنه كما ذكر الأسنوي في طبقاته ٢/ ١٥٤.

(٣) وهل لهذا الخلاف فائدة؟ أشار في الروضة إلى أنه يعتمد على الخلاف لزوم الكفارة إذا اعتبر مظاهراً قبل الموت أو قبيل الموت فيه رأيان:
أ- ذهب الجمهور إلى أنه لا تلزم الكفارة، ولا ضرورة إلى تقدير حصول العود عقيب الظهار وهو صحيح.
ب- وذهب ابن الحداد إلى لزومها.
قال الشيخ أبو علي: ولا تظهر فائدة الخلاف فيمن ظاهر ثم جن واتصل جنونه بالموت إذا قلنا بالصحيح ـ وهو رأي الجمهور ـ أنه لا كفارة، وعلى قول ابن الحداد تظهر فائدة إن اختلف حاله في اليسار والاعسار. الروضة ٨/ ١٣٤.

(٤) الروضة ٨/ ١٣٤.

(٥) الزيادة من المحقق ليتم الكلام، وهو نص الروضة ٨/ ١٢٤.

وقد خالف فيه ابن سريج قال: إنه لا يتحقق ما جعله شرطاً إلا بمضي اليوم، وإذا مضى اليوم لم يبق وقت للوقوع، فلا يقع[١].

قال الغزالي في الوسيط: وهذا يرد على قوله: إن لم أطلقك فأنت طالق، فإنا نتبين عند موته وقوع الطلاق في آخر العمر، والعمر في هذا المعنى كاليوم.

وهذا الخلاف يرجع إلى قاعدة وهي أن الطلاق إذا علق على فعل شيء في زمن فهل الشرط في الحنث تحقق اليأس من فعل المحلوف عليه، أم لا بد مع ذلك من مضي الزمن الذي قيد الفعل به؟ وفيه خلاف جار في صور:

منها: إذا حلف ليشربن ماء هذه الإداوة غداً، فتلفت في يومه، فهل يحنث بمجيء الغد إذا مضى منه وقت الإمكان؟ أو لا يحنث حتى يمضي الغد؟ فيه وجهان:

وأصحهما عند صاحب التهذيب: الأول[٢]، وهذا إذا قلنا: إنه لا يحنث إلا بعد مجيء الغد.

وفيه وجه آخر: أنه يحنث في الحال، لحصول اليأس عن البِر، وذلك كله إذا قلنا إنه يحنث في هذه الصورة، وإلا فهو مخرج على قولي الإكراه[٣].

وقال القاضي أبو حامد: الأظهر أنه لا يحنث[٤]، ويقال: إنه المنصوص.

وتظهر فائدة الخلاف إذا قلنا بالحنث، في أنه يحنث في الحال أو بعد مجيء الغد فيما إذا كان يكفِّر بالصوم؟ فإنه يجوز أن ينوي صوم الغد عن الكفارة إذا قيل بأنه يحنث في الحال، ولا يجوز إذا قيل بأنه يحنث بعد مجيء الغد، لأن التكفير بالصوم لا يتقدم على الحنث[٥]، كما سيأتي.

---

(١) الروضة ٨/ ١٣٤ وقد رجح النووي ما ذهب إليه أبو حامد وقال: هو الأفقه وهو المختار.

(٢) الروضة ١١/ ٦٨.

(٣) فإذا وجد القول أو الفعل المحلوف عليه على وجه الإكراه فهل يحنث؟ فيه قولان:
الأول: لا يحنث وصححه القاضي أبو حامد، وابن كج، والروياني، وهو الأظهر، وقال ابن سلمة لا يحنث قطعاً.
الثاني: يجب الحنث. الروضة ١١/ ٧٨-٧٩.

(٤) ذكر هذا الرأي في الروضة ١١/ ٦٧ دون نسبته إلى أحد.

(٥) ذكر النووي فائدة أخرى فقال: ومن فوائده لو مات الحالف قبل مجيء الغد أو أعسر وقلنا يعتبر في الكفارة حال الوجوب. الروضة ١١/ ٦٧.

ومنها: إذا قال لعبده إن لم أبعك اليوم فامرأتي طالق، ثم أعتقه، يقع عليها الطلاق، ولكن متى يقع؟ فيه وجهان:

أحدهما: عقيب الاعتاق.

والثاني: أنها لا تطلق حتى تغيب الشمس، كذا صرح به القاضي حسين والمتولي.

ومنها: إذا قال: إن تركت طلاقك فأنت طالق، قال ابن الرفعة: إذا مضى زمان يمكنه أن يطلق فيه فلم يطلق، طلقت، وإن طلقها في الحال ثم سكت، لم تقع طلقة أخرى، فلو قال: إن سكت عن طلاقك فأنت طالق، فلم يطلقها في الحال طلقت، وإن طلقها في الحال ثم سكت، طلقت أخرى بالسكوت، ولا تطلق بعد ذلك لانحلال اليمين[١].

ويعرف من هذه القاعدة اشتراط مضي مدة لقبض ما في يده إذا حدث عليه عقد، وذلك في صور:

منها: إذا أودع عنده شيئاً ثم رهنه عنده على دين، فظاهر النص أنه لا بد من إذن في القبض، ونص فيما إذا وهبه منه، أنه يحصل القبض من غير إذن جديد، فمنهم من قرر النصين وفرق بينهما[٢]، والمشهور نقل قوليه فيهما بالتخريج.

قال الرافعي: وأصحهما أنه لا بد من إذن جديد في القبض[٣]، ومنهم من قطع بهذا، وتأول نصه في الهبة، والمذهب: أنه لا بد من لزوم العقدين من مضي زمان يتأتى فيه القبض، وذلك من وقت الإذن على القول باشتراطه، وإلا فمن وقت العقد[٤].

وقال حرملة: لا يحتاج إلى ذلك[٥].

فعلى الأول: إن كان منقولاً غائباً اعتبر زمان يمكن المصير إليه ونقله فيه، ولا

---

(١) الروضة ٨/ ١٣٤.

(٢) وذلك لأن الرهن توثيق وهو حاصل بغير قبض، والهبة تمليك ومقصودها الانتفاع ولا يتم ذلك إلا بالقبض فكانت الهبة لمن في يده رضا بالقبض. الروضة ٤/ ٦٦.

(٣) الروضة ٤/ ٦٦.

(٤) وهذا هو الصحيح. الروضة ٤/ ٦٦.

(٥) وقد عقب النووي على النقل عن حرملة فقال: قوله قال حرملة، معناه قال حرملة مذهباً لنفسه لا نقلاً عن الشافعي رضي الله عنه، كذا صرح به الشيخ أبو حامد وآخرون وإنما نبهت على هذا لئلا يغتر بعبارة صاحب المهذب فإنها صريحة أو كالصريحة في أن حرملة نقل عن الشافعي رضي الله عنه فحصل أن المسألة ذات وجهين لا قولين، والله أعلم. والروضة ٤/ ٦٦.

يشترط على الأصح نفس المصير إليه ومشاهدته، ولا نفس النقل أيضاً كذلك[1].

ومنها: إذا رهن الأب مال الطفل من نفسه، أو ماله من الطفل، ففي اشتراط مضي زمان يمكن فيه القبض وجهان[2] سيأتي نظيرهما قريباً.

ومنها: إذا باع مالك الوديعة أو العارية ذلك ممن هو في يده، فهل يعتبر زمان إمكان القبض لجواز التصرف وانتقال الضمان؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، ثم يجيء فيه ما تقدم من المضي والنقل.

ومنها: إذا رهن المالك ماله من الغاصب أو المُسْتام أو المستعير أو الوكيل، ففي افتقار لزومه إلى مضي زمان يتأتى فيه القبض، وإلى إذن جديد، ما تقدم في رهن الوديعة من المودع، ومنهم من قطع بالغصب بافتقاره إلى إذن جديد، لأن اليد الأولى غير صادرة عن إذن المالك أصلاً بخلاف ما تقدم[3]، والله أعلم.

البحث الثامن

إذا نصب الشارع لسببيه الحكم فعلاً من اثنين، كالإيجاب والقبول في العقود[4]،

---

(١) هذه العبارة مختصرة جداً ويمكن التوسع بها كما جاء في فتح العزيز ١٠/ ٦٦ والروضة ٤/ ٦٦-٦٧ قال في الروضة: فعلى الصحيح إن كان المرهون منقولاً غائباً اعتبر زمان يمكن المصير فيه إليه ونقله، هل يشترط مع ذلك نفس المصير ومشاهدته؟ فيه أوجه:
أصحها: لا.
والثاني: نعم.
والثالث: إن كان مما يشك في بقائه كالحيوان فإنه معرض للآفات اشترط، وإن تيقن بقاؤه فلا، فإن شرطنا الحضور والمشاهدة فالمذهب أنه لا يشترط مع ذلك نقله.

(٢) الروضة ٤/ ٦٧.

(٣) هذه المسائل وردت في فتح العزيز ١١/ ٦٨-٧٢.

(٤) تختلف العقود فيما بينها إلى ما تفتقر إليه:
أ- فمنها ما لا يفتقر إلى الإيجاب والقبول لفظاً، كالهدية، فيكفي فيها البعث من المهدي والقبض من المهدى إليه، وفي وجه يشترطان، وكالصدقة وما يخلعه السلطان.
ب- ومنها ما يفتقر إلى الإيجاب والقبول لفظاً، كالبيع والسلم و الرهن والنكاح وما أشبه ذلك.
ج- ومنها ما يفتقر إلى الإيجاب لفظاً ولا يفتقر إلى القبول لفظاً بل يكفي فيه الفعل كالوكالة والوديعة والعارية.
د- ومنها: ما لا يفتقر إلى القبول أصلاً بل شرطه عدم الرد كالوقف.
هـ- ومنها: ما لا يرتد بالرد كالضمان والإبراء.
الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٦٨-٤٦٩.

فهل يكتفى به من واحد؟[1] فيه صور:

منها: الأب والجد يبيع مال الطفل من نفسه، ومال نفسه من الطفل، لقوة ولايتهما، والأصح لابد فيه من الإيجاب والقبول[2]، ونقله الماوردي في كتاب الرهن عن الأكثرين[3] [4].

ولو وكل البائع أباه في بيع شيء هل له أن يشتريه من نفسه كالولاية الشرعية إذا منعنا بيع الوكيل من نفسه على الأصح؟ فيه خلاف حكاه الماوردي[5]، واختار الروياني المنع.

---

(١) يعبر الأصوليون عن مثل هذه الحالة بعبارات تشبه القواعد منها: قولهم: اتحاد الموجب والقابل ممنوع، وقوله اتحاد القابض والمقبض ممنوع، وذلك في العقود التي يشترط فيها القبض لأنه إن كان قابضاً لنفسه احتاط لها، وإذا كان مقبضاً وجب عليه وفاء الحق من غير زيادة، فلما تخالف الفرضان والطباع لا تنضبط امتنع الجمع لأجل التهمة.
المصدر السابق ص ٤٧٠.

(٢) فتح العزيز ٨/ ١٠٤، والمجموع ٩/ ١٧٠، وخبايا الزوايا ص ١٨٩.

(٣) فتح العزيز ٨/ ٤٥٨.

(٤) نقل الزركشي في كتابه خبايا الزوايا ص ١٨٩ عن الرافعي قوله: فإن قيل لم يتولى الأب طرفي العقد في بيع مال الطفل؟ وكذلك الجد؟ فقال:
أ- لقوة ولايته، وكمال شفقته، فإن ولاية الأب قوية على ابنه، وشفقته كاملة ومن هنا لم يرد في القرآن آية توصي الأب بالشفقة على ابنه والحنو عليه لأنه مغروس بالفطرة، ولكن وردت آيات توصي الأبناء بالوالدين.
ب- وقيل لعسر مراجعة السلطان في كل بيع وشراء.
ج- وقيل لمجموع المعنيين، وقال الزركشي ذكره في النكاح فصل تولي طرفي العقد وخرجه محقق الكتاب فقال: انظر فتح العزيز مخطوط دار الكتب المرقم ١٦٠ج/ ٧/ ق٤٤أ.

(٥) يمكن تلخيص مسألة النيابة في البيع والشراء في أربع جهات:
الأولى: جهة النسب: وهي الأب والجد على ابنه الطفل.
الثانية: جهة الحكم، وهي للحاكم أو أمينه على المولى عليه لصغر أو سفه.
الثالثة: جهة الوصية: وهي وصاية الأب والجد وغيرهما ممن تصح وصايته على الطفل.
الرابعة: جهة الوكالة: وهي الوكيل الرشيد.
واختلف الفقهاء هل لهم ولاية أن يبيعوا على أنفسهم ما لهم بيعه، أو يشتروا من أنفسهم ما لهم شراؤه؟ على أربعة مذاهب: ذكرها الماوردي في الحاوي والقفال في الحلية وهي:
أ- قال مالك والأوزاعي: يجوز للجميع البيع من نفسه.
ب- قال أبو حنيفة وصاحبه يجوز للأب أن يبيع مال ابنه الصغير فقط الذي تحت ولايته لنفسه أو يشتري من ماله لابنه بشرط أن تكون هنالك مصلحة ظاهرة.
ج- وقال زفر: لا يجوز للأب والجد أيضاً البيع لنفسه كما لا يجوز لغيرهما. =

ومنها: أنه يرهَن من نفسه للطفل ويقبضه، والصحيح أنه لابد من الإيجاب والقبول، وقيل: يكفي أحدهما.

ومنها: هل يجوز للجد أن يتولى طرفي النكاح في تزويج بنت ابنه من ابن ابنه الصغير؟ فيه وجهان:

اختار ابن الحداد والقفال وصاحب الشامل: الجواز.

واختار صاحب التلخيص وجماعة من المتأخرين المنع[١].

وعلى الأول هل يشترط الإتيان بشقي العقد أم يكفي أحدهما؟ فيه خلاف مرتب على البيع، وأولى هنا بالاشتراط لما خص به النكاح من التعبدات.

ولو زوج العم ابنة أخيه من ابنه الصغير، أو ابن العم كذلك، لم يصح على المذهب[٢].

وكذلك من يصح له نكاحها، كابن العم والمعتق والقاضي، إذا أراد أحدهم تزويجها لم يجز أن يتولى طرفي العقد على المذهب[٣].

وفي الإمام الأعظم وجه مشهور: أنه له ذلك[٤].

وفي ابن العم والقاضي وجه أيضاً، كذلك قال الرافعي.

ويجيء مثله في المعتوه ومن منع من تولي طرفي العقد إن وكل في أحدهما أو وكل شخصين في الإيجاب والقبول، ففيه وجهان:

= د- قال الشافعية: لا يجوز للوكيل أن يبيع لنفسه، وهل يجوز من ابنه الكبير أو أبيه؟ فيه وجهان: لأنه متهم بالميل إليهما كما يهتم بالميل إلى نفسه، ولهذا لا تقبل شهادته لهما، وكذلك الوصي والحاكم بمنزلة الوكيل في ذلك، أما الأب والجد فيجوز أن يبيع مال ولده الصغير بنفسه.
الحاوي ٨/ ٢٣٢، وحلية العلماء ٥/ ١٢٧ هامش ٥، والمجموع ١٣/ ١٥٩، والهداية ١/ ١٤٥، والإمام زفر وآراؤه ٢/ ٧.

(١) الروضة ٧/ ٧٠، والراجح الجواز، وأما إذا منعنا من تولي طرفي العقد فإن كانت بالغة زوجها السلطان بإذنها ويقبل للجد بالإذن، وإن كانت صغيرة وجب الصبر إلى أن تبلغ، فتأذن أو يبلغ الصغير فيقبل، وذكر الإمام تفريعاً على المنع أنه يرفع إلى السلطان ليتولى أحد طرفي العقد.

(٢) قال الماوردي في الحاوي ١١/ ١٨٠: لأنه يصير باذلاً للنكاح عنها وقابلاً له عن ابنه فاجتمع البذل والقبول من جهته فلم يصح، كما لم يصح أن يزوجها لنفسه لحصول البذل والقبول من جهته.

(٣) الروضة ٧/ ٧١.

(٤) وينسب هذا الوجه إلى أبي يحيى البلخي والصحيح أنه يزوجه بعض قضاته. الروضة ٧/ ٧١.

أحدهما: الجواز، لأن المقصود رعاية التعبد، وقد حصل.

وأصحهما: المنع، لأن فعل الوكيل فعل الموكل، بخلاف تزويج خليفة القاضي منه، والقاضي من الإمام الأعظم، فإنهما يتصرفان بالولاية لا بالوكالة(١).

ومنها: إذا زوج السيد أمته من عبده الصغير على القول بأنه يجبره، قال الرافعي فيه وجهان، كتولي الجد الطرفين(٢).

ومنها: الوكيل لا يبيع مال الموكل من نفسه، وهل ذلك للتهمة أو لأن قرينة العرف تخرجه؟ فيه تعليلان:

فعلى الأول: لا يبيع ممن ترد شهادته له(٣)، ويجوز على الثاني منهما إذا راعى الغبطة(٤).

وَحُكِيَ عن الإصطخري أن للوكيل البيع من نفسه بالثمن الذي لو باع به من غيره صح(٥).

ولو صرح له الموكل بالإذن في بيعه من نفسه فوجهان:

قال ابن سريج: يجوز، ورجحه الغزالي.

---

(١) الروضة ٧/ ٧١.

(٢) الروضة ٧/ ٧٢.

(٣) كالأصول والفروع والزوج.

(٤) قال الرافعي: الوكيل بالبيع مطلقاً هل يبيع من ابنه وأبيه وسائر فروعه وأصوله؟ فيه وجهان:
الأول: نعم، لأنه لو باع بالثمن الذي باع به من أجنبي صح، فأشبه ما لو باع من صديقه.
الثاني: لا، لأنه متهم بالميل إليهم، ومن الجائز أن يكون راغباً بأكثر من ذلك الثمن وبه قال أبو حنيفة وأجرى الوجهين في الأصول والفروع المستقلين.
وقال: أما ابنه الصغير أو نفسه فلا يبيع لأنه يستقصي لنفسه وطفله من الاسترخاص وغرض البائع الاستقصاء في المبيع للأكثر وهما غرضان متضادان، فلا يتأتى من الواحد القيام بهما، كما أنَّ التوكيل مطلقاً يشعر بالبيع من الغير والألفاظ المطلقة تحمل على المفهوم منها بالعرف. فتح العزيز ١١/ ٢٩.

(٥) الروضة ٤/ ٣٠٤، ونقل الرافعي هذا الوجه مستغرباً فقال: وفي كتاب ابن كج شيئان غريبان:
أ- أن أبا حامد القاضي حكى عن الاصطخري وجهاً أن يبيع من نفسه.
ب- أنه حكى وجهين فيما لو وكل أباه بالبيع هل له أن يبيع من نفسه لأن للأب بيع مال ولده الصغير من نفسه بالولاية فكذلك بالوكالة. فتح العزيز ١١/ ٢٩.

والأكثرون على المنع لما فيه من اتحاد البائع والمشتري[1].

قال الرافعي: وأجري الوجهان فيما لو وكله بالهبة، وأذن له أن يهب من نفسه أو بتزويج ابنته، وأذن له في تزويجها من نفسه، وفيما إذا وكل مستحق الدين المديون باستيفائه من نفسه، أو وكل مستحق القصاص الجاني باستيفائه من نفسه إما في النفس أو في الطرف، أو وكل الإمام السارق بقطع يده[2].

وحكى الإمام إجزاءهما فيما لو وكل الزاني ليجلد نفسه، واستبعده، لأنه متهم في ترك الإيلام بخلاف القطع إذ لا تدخل التهمة فيه[3].

وزاد ابن الرفعة أيضاً: إذا وكل السيد عبده في أن يكاتب نفسه على نَجْمين.

قال الرافعي: وظاهر المذهب في الكل المنع[4].

ومنها: إذا وكله في أن يبرئ نفسه، وفيه طريقان:

أحدهما: القطع بالجواز[5].

والثاني: ذكر وجهين[6]، وذلك مبني على أن الإبراء أيفتقر إلى القبول أم لا؟[7].

فإن افتقر كان على الوجهين، وإن لم يفتقر جاز كما يجوز أن يوكله في أن يعفو عن القصاص الواجب عليه، وأن يوكل العبد في عتق نفسه، والزوجة في طلاقها.

---

(١) الروضة ٤/ ٣٠٤، وقاسه الرافعي في فتح العزيز ١١/ ٢٩ على الخلع فقال: كما لو قال لزوجته طلقي نفسك على ألف ففعلت، صح وتكون نائبة من جهة قابلة من جهة نفسها.

(٢) فتح العزيز ١١/ ٣٠.

(٣) فتح العزيز ١١/ ٣٠.

(٤) فتح العزيز ١١/ ٣٠، والروضة ٤/ ٣٠٥.

(٥) كما لو وكل من عليه القصاص بالعفو والعبد باعتاق نفسه. فتح العزيز ١١/ ٣١.

(٦) فتح العزيز ١١/ ٣١.

(٧) ذهب جمهور علماء الشافعية على الأصح والحنفية والحنابلة وقول شاذ لأشهب من المالكية إلى أنه يفتقر إلى القبول بناء على أنه إسقاط، والإسقاطات لا تحتاج إلى قبول كالطلاق والعتق وإسقاط الشفعة والقصاص.
قال الخطيب الشربيني: هو المذهب سواء قلنا الإبراء إسقاط أم تمليك، وذهب المالكية على القول الراجح في مذهبهم والقول الآخر للشافعية إلى أنه يحتاج إلى قبول، وذلك بناء على أن الإبراء نقل للملك أي تمليك، ما في ذمة المدين له فيكون من قبيل الهبة، وهي لا بد فيها من القبول. الموسوعة الفقهية الكويتية ١/ ١٥١، والمراجع التي اعتمدتها.

ومنها: الوكيل بالشراء وهو كالوكيل في البيع، لا يشتري من نفسه، وفيه الوجه المتقدم.

ومنها: إذا وكله في أن يصالح من نفسه، وفيه وجهان ـ ذكرهما في البحر ـ إذا عين له ما يصالح عليه، فلو أطلق قال: لا يجوز أن يصالح إلا على شيء تبلغ قيمته قدر الدين، فلو قال: صالح على ما شئت، جاز أن يصالح على كل وجه.

ومنها: الوكيل في الخصومة من الجانبين، وفيه وجهان:

أحدهما: الجواز، لأنه متمكن من إقامة البينة للمدعي، ثم إقامة البينة الدافعة للمدعى عليه.

أصحهما: المنع، لما فيه من اختلال غرض كل واحد منهما.

قال الرافعي: وإليه الخِيَرة على هذا يخاصم لأيهما شاء(١).

ولو توكل رجل في طرفي النكاح أو البيع، اطرد الوجهان، ومنهم من قطع بالمنع(٢).

ومنها: لو وكل رجلاً في شراء عبد ذلك الرجل من نفسه له، فيه الخلاف.

ومنها: لو وكل العبد في شراء نفسه له من مولاه، والأصح الصحة، ووجه المنع أن يده يد مولاه، وفي هذا اتحد العاقد والمعقود عليه، وعلى الأصح إن صرح بالسفارة وقع العقد للموكل، وإن لم يصرح وقع للعبد وعتق لأن قوله اشتريت، صريح في اقتضاء العتق، فلا يتحول إلى الملك لمجرد النية.

وكذلك لو وكل العبد أجنبياً في شراء نفسه له من مولاه، فإن صرح بالسفارة فكذلك، وإن أضمر وقع العقد للمشتري، لأن السيد لا يرضى بالعتق، والنقل إلى العبد كالإعتاق إذ يثبت فيه الولاء(٣).

ومنها: لو وكل رجلاً أن يشتري عبد ابنه الصغير لذلك الرجل ففعل الوكيل ففيه الخلاف لاتحاد مباشرة طرفي العقد، وذلك من خصائص الأب والجد، وكذلك أيضاً

---

(١) فتح العزيز ١١/ ٣١.

(٢) هذه المسألة والتي قبلها ذكرت بالنص في فتح العزيز ١١/ ٣١ وبقية المسائل في هذا الباب كذلك مع تصرف بسيط وتقديم وتأخير في إيراد المسائل.

(٣) فتح العزيز ١١/ ٧٢.

يجوز لهما أن يقبضا من أنفسهما للولد وبالعكس، والأصح اشتراط النقل والتحويل فيما يشترطان فيه.

ومنها: إذا دفع من عليه طعام إلى المستحق دراهم وقال: اشتر بها مثل ما تستحق لي، واقبضه لي ثم لنفسك، ففعل صح الشراء والقبض للموكل، والمذهب أنه لا يصح قبضه لنفسه للاتحاد وامتناع كونه وكيلاً لغيره في حق نفسه.

وحكى المسعودي[١] وجهاً أنه يصح قبضه لنفسه، قال: وإنما الممتنع أن يقبض من نفسه لغيره[٢].

ومنها: لو باع شِقْصاً للطفل الذي له التصرف عليه، وهو شريك، فالأصح أنه لا يأخذه لنفسه للتهمة بخلاف الأب والجد.

ومنها: حكى الإمام قبيل باب الخلع في المرض من كتاب الخلع: أن والده حكى: أن القفال تردد جوابه فيما لو وكل رجلاً باستيفاء حق من زيد، فوكله زيد بإيفائه، فانتصب وكيلاً عن المتسوفى والموفي قال: ولا يظهر للفساد هنا أثر، لكن لو قبض الاستيفاء ثم تلف ما قبضه في يده، فإن جعلناه وكيلاً في الاستيفاء، فما يتلف في يد وكيل صاحب الدين يكون عليه، وتبرأ ذمة من عليه الدين، وما يتلف في يد وكيل الموفي يكون من ضمانٍ من عليه الدين، فإن كان وكيلاً من الجانبين وفرض التلف في يده فهو من ضمان من تردد جواب القفال في ذلك.

قال الإمام: والوجه أن يقال: إن قصد القبض عن الوكيل بالاستيفاء فلا شك أن ما يتلف في يده يكون من ضمان مستحق الحق، وإن لم يقصد شيئاً فالمسألة محتملة مترددة قريبة من تقابل الأصلين، وإن قصد القبض عن الموفي فليست المسألة خالية عن الاحتمال أيضاً.

ومنها: لو وكل شخص في الخلع من الجانبين، ففيه خلاف مرتب على البيع والنكاح وهذا أولى بالصحة.

وكذلك قال الرافعي: هو أظهر الوجهين، لأن الخلع يكفي فيه اللفظ من أحد الجانبين كما لو قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فأعطته، وقع.

---

(١) ج: المسعود، المسعودي: هو أبو عبدالله محمد بن عبد الملك بن مسعود المروزي كان إماماً فاضلاً حسن السيرة تفقه على القفال وشرح المختصر فأحسن فيه، توفي سنة نيف وعشرين وأربعمائة. تهذيب الأسماء واللغات ٢/ ٢٨٦، وطبقات الأسنوي ٢/ ٣٨٥.

(٢) وقد وصف الرافعي هذا الوجه بأنه ضعيف. فتح العزيز ٨/ ٤٥٦، والروضة ٣/ ٥٢٠.

قال الرافعي: وعلى هذا ففي الاكتفاء بأحد شقي العقد خلاف، كما في بيع الأب مال نفسه من ولده[1]، وقد اعترض على هذا، بأن الوكيل يجب عليه رعاية الحظ والغبطة ما أمكن، وهذا متناقض في الوكيل من الجانبين، بخلاف بيع مال ولده من نفسه، فإن له ترك حظ نفسه ورعاية ولده.

قلت: وهذا يندفع إذا قدر له العوض الذي يخالع عليه، لكن تعليلهم الأولوية بالاكتفاء بالفعل من أحد الجانبين في الخلع لا تقتضي الاكتفاء بشخص واحد، بل لا بد من آخر يأتي بقول أو فعل، والله أعلم.

فائدة

الوكيل في النكاح يجب عليه ذكر الموكل، لأن أعيان الزوجين مقصودان في النكاح، ولا يجب ذلك في البيع لانتفاء المعنى، وقد تقدم ما يتعلق بتوكيل العبد في شراء العبد نفسه وتوكيله غيره في ذلك، لأنه لا بد من التصريح بالسفارة، وذلك لما فيه من التردد بين البيع ومعنى العتق، وفي الشرح[2] عن فتاوى القفال أن وكيل المتهب يجب أن يصرح باسم الموكل، وإلا وقع العقد له، لجريانه معه فلا ينصرف إلى الموكل بالنية، لأن الواهب قد يقصده بالتبرع بخلاف البيع، فإن المقصود منه حصول العوض[3].

فائدة أخرى

تقدم أنه لو وكله في استيفاء دينه الذي عليه من نفسه له، أنه لا يصح على الأصح، وتقدم في آخر البحث الذي قبل هذا، أنه لو رهن المالك ماله من الغاصب فلا بد من إذن جديد على الأصح، لكن قالوا: لا يبرأ من الضمان حتى يقبضه المغصوب منه، ثم يرده إلى المرتهن بحكم الرهن، وفائدة الإذن في القبض لزوم الرهن.

وقد ذكر الشيخ أبو حامد وغيره أنه لو وكل المغصوب منه الغاصب، والمعير المستعير، أو المؤجر المستأجر في قبض ما في يده من نفسه له، وقبل ذلك صح، فإذا مضت مدة يتأتى فيها القبض، برأ الغاصب والمستعير من الضمان[4].

---

(١) الروضة ٧/ ٣٩٩.

(٢) أي الشرح الكبير (فتح العزيز).

(٣) فتح العزيز ١١/ ٥٩.

(٤) الروضة ٥/ ٣٧٤، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٧٢.

قال الرافعي: وهذا بخلاف الأصل المشهور في أن الشخص الواحد لا يكون قابضاً ومقبضاً[1].

قلت: وينتقض أيضاً بما تقدم في بيع العين من المودع والمستعير، والرهن منهما أيضاً.

ومثل ذلك أيضاً ما إذا أسلم إليه ثوباً وقال: بع هذا واستوفِ حقك من ثمنه، فلو تلف في يده لم يكن من ضمانه، لأنه ائتمنه، بخلاف الظافر بغير جنس حقه على وجه، وفي جواز قبضه ذلك لنفسه من نفسه الوجه المتقدم عن حكاية المسعودي في نظيرها.

ولو دفع البائع المبيع إلى المشتري، فامتنع من قبضه، حكى الغزالي في كلامه على وجوب البداءة بالتسليم: أن صاحب التقريب قال: إن للبائع أن يقبضه من نفسه، لتصير يده يد أمانة، وأن يرفع ذلك إلى القاضي ليودعه عنده[2].

وحكى الإمام عن صاحب التقريب أيضاً أن للقاضي أن يبرئه من الضمان، يعني من غير قبض، فتصير يده يد أمانة، فإن لم يجد قاضياً، فيقبض من نفسه للضرورة، والله أعلم.

البحث التاسع

فيما يتقدم من الأحكام على أسبابها

والعبادات على قسمين: بدنية ومالية.

والبدنية ضربان: مؤقتة وغير مؤقتة.

أما المؤقتة فلا خلاف أنها لا يجوز تقديم شيء منها قبل وقتها سوى الصلاة بنية الجمع، حيث يجوز ذلك، وكأن وقت الصلاة في هذه الحالة مشترك تقديماً وتأخيراً، ولهذا يكون فيه أداء بالاتفاق.

نعم قد يكون ذلك على غير وجه التعجيل، ويعتد به في صور:

---

(١) الروضة ٥/ ٣٧٤.

(٢) ذكرت هذه المسألة في الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٧٢ دون نسبتها إلى أحد.

منها: الصبي إذا صلى أول الوقت ثم بلغ في أثنائه، فإن ذلك يجزئه عن الفرض، وكذلك إذا تطهر قبل البلوغ بالسن ثم بلغ، وفيه خلاف ذكره ابن القاص[(١)].

ومنها: غُسل العيدين قبل الفجر.

ومنها: فعل الحج والعمرة قبل الاستطاعة، فإنه يسقط به فرض الإسلام قطعاً.

ومنها: التأذين للصبح قبل الفجر.

وأما غير المؤقتة، كالصيام في الكفارات فالصحيح أنه لا يجوز تقديمها على سببها، وفيه وجه أنه يجوز التكفير بالصوم قبل الحنث، وقيل: إنه منصوص في القديم[(٢)].

وأما العبادات المالية:

فمنها: ما لا يجوز تقديمه قبل وقته بلا خلاف، كالأضحية لا يجوز قبل يوم النحر.

ومنها: ما يجوز تقديمه كذلك، كزكاة الفطر في شهر رمضان.

---

(١) صورة المسألة كالآتي: صلى وفرغ منها وهو صبي، ثم بلغ في الوقت، قال النووي فيها ثلاثة أوجه:
أولاً: تستحب الإعادة ولا تجب.
ثانياً: تجب الإعادة سواء قل الباقي في الوقت أو كثر وهو رأي ابن سريج.
ثالثاً: قال الإصطخري: إن بقي من الوقت ما يسع تلك الصلاة بعد بلوغه وجبت الإعادة، وإلا فلا، قال النووي: والصحيح المشهور المنصوص أن الصبي إذا بلغ في أثناء الوقت، وقد صلى لا يلزمه الإعادة، وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد: يلزمه إعادة الصلاة دون الطهارة، وقال داود: يلزمه إعادة الطهارة والصلاة.
وهذا الخلاف مبني على الخلاف في صلاة الصبي في الوقت هل تقع فرضاً أم نفلاً؟
قال الكرخي: تقع واجبة، وقال البعض: تقع موقوفة، فإن أدركه آخر الوقت، وهو من أهل الوجوب وقعت واجبة، وإن لم يكن من أهل الوجوب، وقعت نافلة.
وقال البعض: تقع نافلة بكل حال، وبه قال أبو حنيفة، وفي هذه المسألة قال الحنفية: وما وقع نفلاً لا ينقلب فرضاً، وقياساً على المصلي قبل الوقت، وقال النووي نقلاً عن الشيخ أبي حامد وغيره، وقولهم لا تنقلب فرضاً نوافقهم عليه، ولكن نقول قد صلى صلاة مثله ووقعت نفلاً وامتنع به وجوب الفرض عليه، لا أنه انقلب فرضاً، وقال: ولا يقاس على المصلي قبل الوقت لأنه غير مأمور به ولا مندوب إليه ولا مأذون فيه بخلاف مسألتنا. فتح العزيز ٣/ ٦٢، والمجموع ٣/ ١٢، وحلية العلماء ٢/ ٢٢.

(٢) الروضة ١١/ ١٧.

ومنها: ما فيه خلاف.

وأصل هذا أن ما كان له سبب واحد لا يتقدم على سببه قطعاً، وما كان له سببان فأكثر أو شرطوسبب، فيجوز تقديمه بعد وجود أحد سببيه، أو بعد سببه وقبل شرطه، وتفصيل ذلك يتضح بصور:

فمنها: الزكاة، والكلام في ثلاثة أنواع:

الأول: المعلق بالحول: فلا يجوز تقديمها قبل ملك النصاب قطعاً[١]، ويجوز بعد ملك النصاب وانعقاد الحول ولو للحظة من أوله، وهل يجوز تقديم زكاة عامين؟ فيه وجهان:

وبالجواز قال أبو إسحاق المروزي، وصححه البندنيجي والغزالي وآخرون[٢].

واختيار البغوي المنع[٣]، وصححه الرافعي والنووي ونسباه إلى الأكثرين[٤].

فإما إذا لم ينعقد الحول، كمن ملك أربعين معلوفة فعجل منها شاة ثم أسامها بعد ذلك، فإنه لا يجزئه، واشتراط ملك تمام النصاب إنما هو في الزكاة العينية.

فأما زكاة التجارة فلو عجل في أثناء الحول وهي دون النصاب، ثم كمل في آخر الحول أجزأه ذلك على الصحيح[٥]، وفيه وجه.

وثانيها: ما لا يشترط فيه الحول، فمنه زكاة المعدِن والرِّكاز، ولا يجوز تقديم زكاتهما قبل الحصول بلا خلاف، وكذلك تعجيل زكاة الثمار قبل إخراجها، والزرع قبل التسنبل، وفي الثمار بعد الإخراج ثلاثة أوجه، الثالث وهو الأصح: التفصيل، يجوز بعد بدو الصلاح ولا يجوز قبله[٦].

وكذلك فيما بعد إخراج السنبل ثلاثة أوجه، الصحيح: أنه يجوز بعد الاشتداد والادراك دون ما قبله[٧].

---

(١) لأنه لم يوجد سبب وجوبها فلم يجز تقديمها كأداء الثمن قبل المبيع، والدية قبل القتل. المهذب ١/ ٦٦.

(٢) كالجرجاني والشاشي والقفال والشيخ أبي حامد وصاحب الشامل. المجموع ٦/ ١٤٧.

(٣) لأن زكاة السنة الثانية لم ينعقد حولها، والتعجيل قبل انعقاد الحول لا يجوز كالتعجيل قبل كمال النصاب.

(٤) فتح العزيز ٥/ ٥٣٢، والمجموع ٦/ ١٤٧.

(٥) لأن الاعتبار في العروض بآخر الحول.

(٦) أما الأول: فيجوز قبله من حين خروج الثمرة، والثاني: لا يجوز قبل الجفاف. المجموع ٦/ ١٦٠.

(٧) والأول: جوازه بعد التسنبل وانعقاد الحب، والثاني: لا يجوز قبل التنقية. المجموع ٦/ ١٦١.

وثالثها: زكاة الفطر، يجوز تقديمها في جميع رمضان.

وفيه وجه أنه لا يجوز في أول ليلة منه، ويجزئ بعد ذلك، لأنها مضافة إلى الفطر ولم يصم بعد[1].

ووجه آخر كمذهب أبي حنيفة[2]، يجوز قبل رمضان وهو ضعيف[3].

ومنها: ما يتعلق بفدية رمضان[4] وكفارته[5] وفيه صور:

إحداها: الحامل والمرضع[6]، إذا شرعتا في الصوم، ثم أرادتا الإفطار فأخرجتا الفدية قبل الإفطار جاز على الأصح، وعلى هذا ففي جواز تعجيل الفدية لسائر الأيام وجهان كتعجيل زكاة عامين، هذه عبارة النووي في الروضة[7].

---

(١) وهو رأي المتولي وآخرين.

(٢) فزكاة الفطر عند الحنفية: تجب في مطلق الوقت، وإنما تتعين بتعين الشخص فعلاً أو بآخر العمر، وعندهم رأي آخر ينسب إلى الحسن بن زياد أن وقت أدائها وقت الفطر من أوله إلى آخره. حاشية رد المحتار لابن عابدين ٢/ ٣٥٩.

(٣) وينسب هذا الوجه إلى البغوي، والأفضل أن يخرجها يوم العيد قبل الخروج إلى صلاة العيد، ويجوز إخراجها في يوم العيد كله، ولا يجوز تأخيرها عن يوم العيد، ولو أخرها عصى ولزمه قضاؤها. المجموع ٦/ ١٢٨.

(٤) فدية رمضان مد من الطعام لكل يوم من أيام رمضان، علماً بأن المد =٥ر٨١٢ غرام ويعتبر من غالب قوت أهل البلد، ومصرفها الفقراء والمساكين، وتجب فدية رمضان بثلاثة طرق:
الأول: ما يجب لفوات نفس الصوم، كمن فاته صوم يوم رمضان ومات قبل قضائه فيمكن تدارك ذلك بأن يطعم من تركته عن كل يوم مد.
الثاني: ما يجب لفضيلة الوقت: كالحامل والمرضع إن خافتا على ولديهما.
الثالث: ما يجب لتأخير القضاء كمن كان عليه قضاء رمضان وأخره حتى دخل رمضان السنة القادمة بدون عذر، فعليه مع القضاء فدية. الروضة ٢/ ٣٨٠-٣٨٤.

(٥) كفارة رمضان تجب على من أفسد صوم يوم من رمضان بجماع تام، وهي مرتبة ككفارة الظهار، فيجب عتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً. الروضة ٢/ ٣٧٤.

(٦) الحامل والمرضع إذا خافتا على أنفسهما أفطرتا وقضتا ولا فدية عليهما كالمريض، وإن لم تخافا من الصوم إلا على الولد فلهما الفطر وعليهما القضاء وفي الفدية عليهما أقوال:
الأول: تجب، وهو أظهرها.
الثاني مستحبة، وهو رأي للمزني والروياني في الحلية.
الثالث: تجب على المرضع دون الحامل. فتح العزيز ٦/ ٤٦٠، والمجموع ٦/ ٣٧٢، وخبايا الزوايا ص ١٦٥ هامش ٥.

(٧) الروضة ١١/ ١٩.

وقال في شرح المهذب: لا يجوز للشيخ الهرم والحامل والمريض الذي لا يرجى برؤه تقديم الفدية لرمضان، ويجوز بعد طلوع الفجر من يوم رمضان للشيخ عن ذلك اليوم، ويجوز قبل الفجر أيضاً على المذهب وبه قطع الدارمي(١).

وقال الروياني(٢): فيه احتمالان(٣) لوالدي(٤).

وقال الزيادي(٥): للحامل تقديم الفدية على الفطر، ولا تقدم إلا فدية يوم واحد.

قلت: يعني بعد طلوع الفجر انتهى كلامه(٦) وبينهما بعض تناقض فليتأمل(٧).

وثانيها: كفارة الجماع في نهار رمضان، المذهب أنه لا يجوز تقديمها على الجماع وبه قطع جماعة(٨).

وحكى الرافعي وغيره وجهاً أنه يجوز(٩).

وثالثها: لو أراد تعجيل الفدية لتأخير قضاء رمضان إلى بعد رمضان آخر قبل مجيء ذلك الثاني، ففي صحته وجهان:

---

(١) المجموع ٦/ ١٦٠.

(٢) المجموع ٦/ ١٦٠.

(٣) وهما: الأول: عدم جواز إخراج الفدية إلا بعد طلوع الفجر من يوم رمضان.
والثاني: جواز إخراج الفدية قبل الفجر. المجموع ٦/ ١٦١.

(٤) والد الروياني هو: إسماعيل بن ا لشيخ أبي العباس، تفقه على والده الشيخ أبي العباس أحمد بن محمد مصنف الجرجانيات، تكرر ذكره في فتح العزيز للرافعي نقلاً عن والده، قال الأسنوي: لم أقف على تاريخ وفاته. طبقات الأسنوي ١/ ٥٦٥.

(٥) ورد في جميع النسخ الروياني، بينما ورد في المجموع ٦/ ١٦١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٣٣ الزيادي وهو الصحيح، والزيادي: هو: أبو طاهر محمد بن محمش بن علي الزيادي، فقيه شافعي، ومحدث أديب، سمع من ابن القطان والكرماني، من مصنفاته مصنف في علم الشروط، توفي سنة ٤١٠هـ. طبقات السبكي ٣/ ٨٢، وطبقات الأسنوي ١/ ٦٠٩.

(٦) أي كلام النووي.

(٧) التناقض هو في تجويز تقديم الفدية للحامل على الفطر، وعدم تجويزه تقديم الفدية إلا ليوم واحد فلماذا ليوم واحد فقط؟

(٨) ذكر منهم النووي: القاضي أبا الطيب في المجرد. المجموع ٦/ ١٦١.

(٩) والصحيح الأول لأن هذه الكفارة لا تنسب إلى الصوم، بل إلى الجماع. الروضة ١١/ ١٩، والمجموع ٦/ ١٦١.

قال النووي: هو كتعجيل كفارة الحنث لمعصية[١]، وستأتي[٢].

ومنها: الدماء والإطعامات المتعلقة بالحج، وفيه صور:

إحداها: دم القران، فيجوز بعد الإحرام بالنسكين ولا يجوز قبل ذلك بلا خلاف، فهو كالأضحية قبل يوم العيد.

وثانيتها: دم التمتع، فلا يجوز قبل الإحرام بالعمرة قطعاً، ويجوز بعد الإحرام بالحج وذلك وقته وفاقاً، وفيما بينهما ثلاثة أوجه:

أصحها: أنه يجوز بعد الفراغ من العمرة وإن لم يحرم بالحج.

والثاني: لا يجوز قبل الإحرام بالحج.

والثالث: أنه يجوز أيضاً قبل الفراغ من العمرة[٣].

وثالثتها: دم جزاء الصيد، قال القاضي أبو الطيب: إن كان بعد جرحه، فالمذهب جوازه لوجود السبب، وإلا فالمذهب منعه لعدم السبب، والإحرام ليس سبباً للجزاء، ثم شبه ذلك بكفارة قتل الخطأ إن أخرجها بعد الجرح جازت، وإلا فلا يجوز قبله[٤].

ورابعتها: إذا احتاج إلى اللبس لحر أو برد، أو إلى الطيب، أو حلق الشعر لمرض ونحو ذلك، فأراد تقديم الفدية عليه، فالظاهر جوازه كما سيأتي[٥] في تقديم الكفارة على الحنث إذا لم يكن معصية، وفيه وجه أنه لا يجوز[٦].

ولو عزم على فعل شيء من محظورات الإحرام عدواناً من غير سبب فهو كجزاء الصيد لا يجوز تقديم فديته على الصحيح.

ومنها: النذر المعلق، مثل أن يقول: إن شفى الله مريضي فلله علي كذا، فإذا فعله قبل وجود المعلق عليه، قال النووي في باب تعجيل الزكاة في شرح المهذب: فيه وجهان:

أصحهما: لا يجزئه[٧].

---

(١) المجموع ٦/ ١٦١.
(٢) ص ٣٢٤.
(٣) المجموع ٦/ ١٦١.
(٤) المجموع ٦/ ١٦١.
(٥) ص٣٢٤.
(٦) الروضة ١١/ ١٩.
(٧) المجموع ٦/ ١٦١.

وقال في باب كفارة اليمين من الروضة: يجوز تقديم الإعتاق والتصدق على الشفاء ورجوع الغائب[١].

وفي فتاوى القفال ما ينازع فيه فيناقض كلامه أيضاً[٢].

ومنها: ما يتعلق بكفارة الظهار، قال الرافعي: التكفير بالمال بعد الظهار وقبل العود جائز[٣]، لأن الظهار أحد السببين، والكفارة منسوبة إليه، كما أنها منسوبة إلى اليمين.

ومنهم من جعله على الخلاف فيما إذا كان الحنث محظوراً[٤].

قال في التتمة: لأن وطأها بعد الظهار حرام، فهو بالتكفير يستبيح محظوراً.

قال الرافعي: المذهب: الأول، لأن العود ليس بحرام[٥] حتى يقال يتطرق بالتكفير إلى الحرام، بخلاف ما لو كان الحنث محظوراً، ثم ذكر الرافعي للتكفير بعد الظهار وقبل العود صوراً[٦].

منها: إذا ظاهر على الرجعية ثم كفر، ثم راجعها، أو ظاهر من امرأته، ثم طلقها طلاقاً رجعياً، ثم كفرن ثم راجع، أو طلاقاً بائناً، ثم كفر، ثم نكحها، إذا قلنا: يعود الحنث.

وكذلك إذا ظاهر، ثم ارتدت عقيب الظهار فكفر، ثم عادت إلى الإسلام وصار عائداً.

فأما إذا اشتغل بالعتق عقيب الظهار، فهو تكفير مع العود لا قبله، لأنه باشتغاله بالعتق عائد[٧].

ومنها: كفارة القتل، يجوز تقديمها على الزهوق بعد حصول الجرح على الأصح، كما في جزاء الصيد.

وعن الشيخ أبي علي: أن من الأصحاب من خرجه على الخلاف في تقديم الكفارة على الحنث المحظور، لأن سراية فعله بمنزلة الفعل[٨].

---

(١) الروضة ١١/١٩.

(٢) أي كلام النووي، ففي المجموع قال لا يجزئه وفي الروضة قال يجزئه.

(٣) الروضة ١١/١٨.

(٤) المصدر السابق..

(٥) المصدر السابق نفسه.

(٦) ذكرت هذه الصور في الروضة ١١/١٨-١٩.

(٧) الروضة ١١/١٨-١٩.

(٨) أ: ذكر هذا الرأي في الروضة ١١/١٨ دون أن ينسب إلى أبي علي.

قال الإمام: وهذا لا اتجاه له، لأن الزهوق ليس بفعل مقدور له، وقياس ما ذكره أن يقال: لو حلف أن لا يقتل فلاناً، فجرحه وكفر عن اليمين قبل حصول الزهوق ففي الإجزاء الوجهان، قال الإمام: وهو بعيد[1]، وقال الرافعي: لا يجوز تقديم كفارة القتل على الجرح بحال، وعن أبي الطيب بن سلمة[2] إثبات احتمال فيه، تنزيلاً للعصمة منزلة أحد السببين.

وحكى ابن كج في جزاء الصيد أيضاً وجهاً آخر: أنه يجوز تقديمه على الجرح، ووجهاً آخر: إن كان يقتله مختاراً بلا ضرورة لم يجز التقديم، وإن اضطره الصيد إليه جاز[3].

قلت: هذا الوجه نظير ما تقدم في اللبس إذا احتاج إليه فإنه يجوز تقديم فديته على الأصح، ولم يرجح هذا هنا، وكان الفرق بينهما أن الاضطرار بصِيال الصيد عليه مضمون إذ يجوز أن ينصرف عنه، وللبحث هنا مجال.

ومنها: كفارة اليمين، وقد اختلف أصحابنا في الموجب لها على وجهين:

أصحهما: عند الجمهور أن سببها اليمين والحنث جميعاً.

والثاني: أن سببها اليمين، لكن الحنث شرط فيها[4]، لأن الله سبحانه وتعالى أضاف ذلك إلى اليمين فقال: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ إِذَا حَلَفۡتُمۡۚ﴾ [المائدة: ٨٩] وهذا كما يوجب ملك نصاب الزكاة عند انقضاء الحول، فعلى هذا الوجه جواز التكفير قبل الحنث ظاهر.

وعلى الأصح قالوا: الكفارة حق مالي يتعل بسببين فجاز تعجيله بعد وجود أحدهما، كتعجيل الزكاة بعد وجود النصاب.

وذكر الماوردي أن الظاهر من مذهب الشافعي: أنها تجب بالحنث وحده[5]، وهو غريب جداً أو مردود، لمخالفته عامة الأصحاب، ثم اختار لنفسه تفصيلاً وهو أنه متى كان عقد اليمين طاعة وحلها معصية وجبت بالحنث وحده، وإن كان عقدها معصية

---

(١) الروضة ١١/١٨.

(٢) أبو الطيب بن سلمة: هو محمد بن فضل بن سلمة البغدادي، كان موصوفاً بفرط الذكاء. مات سنة ٣٠٨هـ وهو شاب. انظر طبقات الحسيني ٤٥.

(٣) ذكرت جميع هذه الأقوال في الروضة ١١/١٨.

(٤) الروضة ١١/١٧.

(٥) الحاوي ١٩/٣١٣.

وحلها طاعة، وجبت باليمين والحنث، وترك قسماً ثالثاً وهو أن يكون عقد اليمين مباحاً ليس قربة ولا معصية، وقد وافقه[١] كثير من الأصحاب على أن التكفير لا يجزىء قبل الحنث إذا كان بارتكاب محظور كمن حلف لا يشرب الخمر لأن التكفير يكون وسيلة لارتكاب المعصية، وهو قول ابن القاص ورجحه في التهذيب.

ومال الأكثرون إلى جوازه، وقالوا: إن الأولى أن لا يكفر حتى يحنث بالخروج من خلاف أبي حنيفة فإنه لا يجيز تقديم الكفارة على الحنث، فإن سببها عنده الحنث، واليمين سبب لتحريم الحنث، كما أن الإحرام يحرم اللبس والطيب وهما يوجبان الفدية[٢].

والحديث الصحيح[٣] يدل على جواز تقديمها على الحنث، وهذا كله في التكفير بالمال، فأما الصوم فالمذهب أنه يجزئه تقديمه طرداً لقاعدة العبادات البدنية.

وفيه وجه تقدم ذكره[٤]، ولو علق انعقاد اليمين على فعل كقوله: إن دخلت الدار

---

(١) قوله: (وافقه كثير من الأصحاب... إلى قوله: المسلم على القول الضعيف) ص ٤١٤ سقط من ج.

(٢) الروضة ١١/ ١٧، والمبسوط ٨/ ١٤٧.

(٣) الحديث: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه وليفعل». صحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ١١٤.

(٤) وخلاصة المسألة أن ا لكفارة واجبة، وأنها لا تجب إلا بعد الحنث بالاتفاق، ولكن هل يجوز تقديم الكفارة على الحنث؟

أولاً: ذهب الحنفية إلى عدم جواز تقديم الكفارة على الحنث بكل حال وهو قول أشهب من المالكية.

ثانياً: ذهب الجمهور إلى جواز ذلك، ولكن يستحب التأخير.

واستثنى أصحاب الشافعي بعض الصور حسب التفصيل الآتي: قالوا الحنث إما أن يكون معصية أو غير معصية.

فإن كان معصية: كمن حلف أن لا يشرب الخمر، فهل يجوز التكفير قبله؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز.

والثاني: لا يجوز، لأنه يكون وسيلة لارتكاب المعصية.

وإن كان الحنث بغير معصية، فإما أن يكون بالمال أو بالصوم.

فإن كان بالمال ففيه مذهبان:

الأول: قال أبو حنيفة وأصحابه: لا يجزئه التكفير قبل الحنث.

الثاني: قال الشافعية: يجوز تقديم الكفارة المالية لأنها حق مالي يتعلق بسببين فإذا وجد أحدهما جاز تقديمه على الآخر، وبه قال مالك وأحمد، ولكن يستحب التكفير بعد الحنث =

فوالله لا كلمتك، فهل يجوز أن يكفر قبل وجود المعلق عليه؟ وجهان في التتمة، ولعل الأرجح منهما: أنه لا يجزئه لأن اليمين لم تنعقد بعد، والله أعلم.

البحث العاشر[1]

في بيان أسباب الحل والحرمة وما فيه شبهة وهي قاعدة شريفة يتأكد الاهتمام بها وصرف النظر إليها

التحريم والتحليل ضربان[2]:

أحدهما: ما كان لوصف الشيء القائم بمحله كالبُر، والشعير، وسائر الأشياء المباحة، والميتة، والدم، ولحم الخنزير، وسائر المحرمات لذواتها.

والثاني: ما كان لسببه الخارج عن محله، كالبيع الصحيح، والإجارة، والهبة، وسائر الأسباب المبيحة، وكالغصب، والسرقة، وغير ذلك من الأسباب الباطلة.

فالحلال لوصفه القائم به، قد يعرض له ما يقضي تحريمه من الأسباب المحرمة.

وأما الحرام بوصفه القائم به، فإنه لا يعرض له ما يقتضي حله إلا عند الضرورة، وأما الوطء بالشبهة فإنه لا يوصف بالحل، بل هو خارج عن الأحكام الخمسة، معفو عنه، كما في أفعال الصبيان، وكذلك القول في النسيان كما سيأتي[3] إن شاء الله تعالى.

ثم الحلال يتنوع إلى درجات متفاوتة، فأعلاها ما كان خالصاً من جميع الشبه، كالاغتراف من الأنهار العظام الخالية عن الاختصاص، ولا وجه لتوهم أن الذي يغترفه قد يكون فيه نجاسة، ثم تنزل درجاته إلى أن تقرب الدرجة الأخيرة من الحرام

= خروجاً من الخلاف.

وأما إذا كان التكفير بالصوم، فالمذهب لا يجوز قبلْ الحنث، لأنها عبادة تتعلق بالبدن فلم يجز تقديمها على الوجوب، وقال مالك وأحمد يجوز كما يجوز في المال، وهو وجه ثان للشافعية.

المهذب ٢/ ١٤١، وشرح صحيح مسلم ١١/ ١١٤، وما بعدها وحلية العلماء ٧/ ٣٠٤، والمبسوط ٨/ ١٤٧.

(١) هذا البحث مأخوذ باختصار من كتاب إحياء علوم الدين للغزالي. إحياء علوم الدين بشرح إتحاف السادة المتقين ٦/ ٤٩٩-٤٦.

(٢) أورد العز بن عبد السلام هذا التقسيم في قواعده ٢/ ١٠٨ في قاعدة الشبهات المأمور باجتنابها، وكذلك لم ينسبها المصنف إلى قائلها.

(٣) ص: ٣٨٦.

المحض، كمال من لا كسب له إلا كالمكوس المحرمة، وإن كان يحتمل أن يكون بعض ما في يده حصل له من جهة حلال.

وكذلك الحرام أيضاً، تنقسم درجاته إلى خالص لا ريب فيه، وإلى ما فيه شبهة حل، ومناط الاشتباه أنواع[1]:

أحدها: تعارض الأحاديث الواردة فيه وغيرها من ظواهر الأدلة.

وثانيها: تعارض الأصول المختلفة بأيها يلحق؟

وثالثها: اختلاط الحلال بالحرام وعسر التمييز بينهما.

ورابعها: اختلاف المذاهب في الأشياء نفسها، أو في أسبابها، وينشأ من ذلك جميعه تنوع الشبهات إلى قوية وضعيفة، إلى أن ينتهي إلى توهم بعيد لا أصل له، كمن يترك النكاح من نساء بلدة كبيرة، لاحتمال أن يكون له فيهن محرم رضاع أو نسب وهو لا يعرفه، أو استعمال ما باقٍ على أصل خلقته بأرض فلاة لاحتمال أن يكون أصابته نجاسة، أو يصيد ظبياً فيرسله، لاحتمال أن يكون وقع في يد أحد فانفلت منه، فإن الورع في مثل هذه وسوسة محضة لا أصل له، فلو أسند ذلك إلى قرينة كما إذا وجد بأنف الظبي حلْقة لا تكون إلا ممن صاده، فهنا تحقق ملك شخص له، ثم وقع التردد في كيفية انفلاته عنه فيقوى القول بالاجتناب.

وبينهما مرتبة أخرى، وهي أن يكون بالظبي أثر يحتمل أن يكون كي نار ممن أخذه وملكه، وأن يكون أثراً من شيء أصابه بالفلاة ولم يقع في يد مالك، فيقوى القول هنا باستصحاب أصل الإباحة.

والأصول المستصحبة هنا أربعة أقسام.

الأول: أن يكون هو الحرام، ثم يقع الشك في السبب المحلل، فيستصحب حكم التحريم، كمن رمى إلى صيد فوقع في الماء ووجده فيه ميتاً، وشك هل مات برميته أو بوقوعه في الماء؟

فالأصل هنا التحريم إلى أن يتبين خلافه.

والثاني: أن يكون الأصل الحل، ويقع الشك في السبب المحرم، كالأثر بالظي الذي أشرنا إليه آنفاً، ومنه المسألة المتقدمة[2] إذا قال أحد الرجلين: إن كان هذا الطائر

---

(١) من هنا إلى نهاية البحث مأخوذ من إحياء علوم الدين بتصرف بسيط.

(٢) ص ٣١٤.

غراباً فامرأتي طالق، وقال الآخر: وإن لم يكن غراباً فامرأتي طالق، وطار ولم يعلم، فالأصل هنا في كل منهما الحل إلى أن يتحقق المحرم، ولا يخفى أن الورع الاجتناب[1]، وليس هذا كتنجيس أحد الأنائين حيث يجتهد فيما، لأن ذلك بالنسبة إلى شخص واحد، فنظيره ما إذا قال من له امرأتان: إن كان هذا غراباً ففلانة طالق، وإن لم يكن غراباً ففلانة طالق، حيث يجب عليه اجتنابهما إلى أن تتحقق الزوجية ممن هي منهما، لأنه قد تحقق في حقه تحريم إحداهما لا بعينها، وليس له تعيين إحداهما من غير دليل، لما فيه من الترجيح بغير مرجح.

فإن قيل: فلو كان الإناءان لشخصين فهلا كان كل منهما يعمل بالاستصحاب في إنائه كما في المرأتين؟

قلنا: لأن صحة الوضوء لا تتوقف على ملك المتوضئ، بل يصح الوضوء بمائه وماء غيره، وكل المياه بالنسبة إليه سواء، فإذا وقع الشك في تعيين المتنجس منهما كان ذلك بالنسبة إلى كل واحد، بخلاف الاستمتاع، فإنه يختص بمنكوحته ولا تصرف له في زوجة غيره، فيأخذ كل منهما باستصحاب الحل إلى أن يتبين المحرم.

الثالث: أن يكون الأصل التحريم، ولكن طرأ عليه ما يقتضي حله بظن غالب، كمن رمى إلى صيد فأصابه ثم وجده ميتاً وليس فيه غير أثر سهمه، فيعمل هنا بالظاهر من إحالة الموت على رميه، وإن كان يحتمل أنه مات بسبب آخر، لكن الأصل عدم ذلك.

الرابع: أن يكون الأصل الحل، ولكن طرأ عليه ما يقتضي التحريم، فإن استند ذلك إلى سبب ظاهر قدم على الأصل، كمسألة بول الظبية في الماء إذا وجده متغيراً وقد تقدمت[2].

وكذلك إذا أدى اجتهاده إلى نجاسة أحد الإناءين بعلامة ظاهرة، من ابتلال طرفه أو رَشاش حوله ونحو ذلك.

وإن لم يستند إلى سبب ظاهر، فإن كان بعيداً جداً لم يكن له أثر في التحريم، بل يعمل بأصل الحل ولكن يندب الورع، ومنه قوله ﷺ: «إني لأجد التمرة ساقطة على فراشي فلولا أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها»[3]، فإن دخول الصدقة الواجبة إلى

---

(١) الروضة ٨/ ٩٩.

(٢) ص ٩٣.

(٣) الحديث: أخرجه البخاري بلفظ: «إني لأنقلب إلى أهلي فأجد التمرة ساقطة على فراشي فأرفعها لآكلها ثم أخشى أن تكون صدقة فألقيها» صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٥/ ٨٦.

بيته ﷺ كان نادراً جداً، وهي محرمة عليه وعلى آله[1]، ولكن يحتمل أن يكون بعض الصغار دخل إلى بيته ﷺ وفي يده شيء من ذلك فوقعت منه التمرة وهو احتمال بعيد.

وما كان بين هاتين المرتبتين ففيه الخلاف، كما تقدم في طين الشوارع، وثياب ملابسي النجاسة.

ويقوى الورع عند قوة الشبهة، وعلى هذا التقسيم يتخرج أيضاً اعتبار الشبه الناشئة عن الاختلاط، كالميتة مع المذكيات، وذات الرحم المحرم مع الأجنبيات.

[القسم الأول][2]: فإن كان كل منهما محصوراً لم يجز الإقدام على شيء منه إذ لا مجال للعلامات، واستصحاب الحل قد زال بالاختلاط.

[الثاني]: وإن كان الحرام غير محصور والحلال محصور فهو أولى بالتحريم.

[الثالث]: وإن كان الحرام محصوراً والحلال غير منحصر كنساء أهل البلدة، أو القرية الكبيرة، وفيها من تحرم عليه ولا يعرف عينها، فهنا يجوز الإقدام على من يشاء تغليباً لجانب الحلال إعمالاً للأصل مع كون الحرام منغمراً.

قال إمام الحرمين: وهذا إذا عم الالتباس، أو لم يمكنه الانتقال إلى جماعة ليس فيهن محرم له، فإن أمكن ذلك من غير مشقة فيحتمل أن يقال: لا ينكح اللواتي يرتاب فيهن، والظاهر أنه لا حَجْرَ[3].

قلت: ومراده بهذا الظاهر بالنسبة إلى الجزم بالتحريم، وأما بالنسبة إلى الورع فأولويته ظاهرة.

الرابع: أن يكون كل من الحرام والحلال غير منحصر، ويعم الاشتباه ويعسر التمييز، كغالب الأموال التي بأيدي الناس اليوم، والذي اختاره الغزالي وغيره: إعمال أصل الحل هنا، وأنه المتعين الذي عليه جمهور السلف، إلا إذا غلب الظن على شيء أنه من الحرام فيتجنب حينئذٍ، كمن علم أن جميع ما في يده حرام، أوغلب ذلك على

(١) جاء في الحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: أخذ الحسن بن علي تمرة من تمر الصدقة فجعلها في فيه، فقال النبي ﷺ: «بخ، بخ، ليطرحها، ثم قال: أما شعرت أنا لا نأكل الصدقة». صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣/ ٣٥٤.

(٢) سيذكر بعد قليل القسم الرابع دون أن يذكر قبله الأول والثاني والثالث لذلك وضعت هذه العناوين وحصرتها بين قوسين، وهو نفس تقسيم الغزالي. إحياء علوم الدين بشرح إتحاف السادة المتقين ٦/ ٥١٦.

(٣) الروضة ٧/ ١١٦.

الظن من المَكَّاسين ونحوهم[1].

وقد نص الشافعي على أنه يكره مبايعة من أكثرُ ماله حرامٌ ولا يحرم ذلك[2].

وذهب الشيخ أبو حامد الغزالي في الإحياء: إلى أن ذلك حرام ويجب اجتناب الكل، وقد قسم الشيخ أبو حامد[3] الشك إلى ثلاثة أضرب[4]:

شك طرأ على أصل حرام فلا يحل، مثل أن يجد شاة مذبوحة في بلد فيه مسلمون، والمجوس فيه كثير فإن الأصل في الحيوان التحريم، حتى تتحقق الذكاة المبيحة.

وشك طرأ على أصل مباح، مثل أن يجد ماء متغيراً، ويحتمل أن يكون بطول المكث وأن يكون بنجاسة، فالأصل فيه الطهارة إلى أن يتبين خلافها، وهذا إذا لم يستند إلى ظاهر، فإن استند إليه عمل به كماء الظبية.

والثالث: شك طرأ لا يعلم أصله، كمعاملة من أكثر ماله حرام، ففيه ما ذكرنا، فإن كان الحرام بيد هذا أقل من الحلال، فمن قال هناك بالتحريم يقول هنا بالكراهة، ومن قال هناك يكره فالكراهة هنا عنده أخف.

أما إذا عم الحرام قطراً بحيث لا يوجد فيه حلال إلا نادراً جداً، فقالوا: يجوز للإنسان أن يتناول من ذلك ما تدعو الحاجة إليه، ولا يتوقف ذلك على وجود الضرورة، لأنه كان يؤدي إلى تعطل الناس عن معايشهم.

قال الإمام: لكن لا يتبسَّط في تلك الأموال، كما يتبسط في المال الحلال، بل يقتصر على ما تدعو إليه الحاجات دون أكل الطيبات[5]، ونحو هذا مما هو من التتمات والتكملات.

وذكر الشيخ عز الدين: أن صورة هذه المسألة أن تجهل مُلاّك الأموال الحرام، وتتوقع معرفتهم في المستقبل.

---

(١) إحياء علوم الدين بشرح إتحاف السادة المتقين ٦/ ٥٢٠، والمكّاسون: الذين يأخذون الضريبة من التجار الذين يدخلون البلد.

(٢) قال الشافعي: «أكره بيع العصير ممن يعصر الخمر والسيف لمن يعصي الله تعالى به ولا انقض هذا البيع». المجموع ٩/ ٣٥٣.

(٣) أي الغزالي.

(٤) إحياء علوم الدين ٢/ ١٠٣.

(٥) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/ ١٦٠.

قال: أما إذا وقع اليأس من معرفتهم، فإن المسألة تتغير حينئذ، لأن من جملة أموال بيت المال ما جهل مالكه، ولا يتوقع معرفته، فيصير حينئذ مصروفاً إلى ما تصرف فيه أموال بيت المال[١].

قلت: وقد نظم قاضي القضاة بدر الدين بن جماعة[٢] رحمه الله بيتين ضمنهما الأموال التي هي أصول بيت المال وهما:

جهاتُ أموالِ بيتِ المالِ سَبْعَتُها ... في بيتِ شعرٍ حواها فيه كاتبُهُ

خُمسٌ وفَيْءٌ خَرَاجٌ جِزْيَةٌ عُشْرٌ ... وَإرْثُ فَرْدٍ وَمالٌ ضَلَّ صاحِبُهُ[٣]

وفي هذه القاعدة صور كثيرة ومباحث يطول بها الكلام وبالله التوفيق.

البحث الحادي عشر

فيما يتعلق بالشروط

وهي النوع الثاني من أنواع خطاب الوضع، وقد تقدم تحقيق معنى الشرط والكلام في مسائل:

الأولى: قد يعبر بلفظ الشرط عن الأسباب وعن أسباب الأسباب.

فمن الأول: قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالًا أَوْ رُكْبَانًا﴾ [البقرة: ٢٣٩]، فإن الاعتداء الأول سبب للمقابلة بمثله، والطلاق الثلاث سبب لتحريمها عليه حتى تنكح زوجاً غيره، والخوف سبب لصلاته، وكذلك قوله ﷺ: «من قتل قتيلاً فله سَلَبُهُ»[٤]، «ومن أحيا أرضاً ميتة

---

(١) المصدر السابق.

(٢) هو بدر الدين محمد بن إبراهيم بن سعد الله بن جماعة، أخذ أكثر علومه بالقاهرة عن القاضي تقي الدين بن رزين، ولي قضاء القدس ثم الديار المصرية، ثم دمشق، ثم عمي فترك القضاء واشتغل بالتدريس إلى أن توفي سنة ٧٣٣ هـ، له مصنفات منها: شرح كافية ابن الحاجب، ونور الروض ورسالة في المزارعة. طبقات السبكي ٥/ ٢٣٠، وطبقات الأسنوي ١/ ٣٨٦.

(٣) طبقات السبكي/ ٢٣١.

(٤) سَلَبُ القتيل: ما يركب عليه المحارب من فرس ونحوه، وما يحمله من سلاح وما يلبسه من درع وثياب، ونحو ذلك. المغني لابن قدامة ١٠/ ٤٢٨، والروضة ١/ ٣٧٤، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٤٨.

فهي له»[1].

ومن الثاني: قوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]، تقديره: فأفطر، فعدة من أيام أخر، فالمرض والسفر سببان للإفطار، والإفطار سبب للقضاء، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، أي فتحللتم، وقوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ فَفِدْيَةٌ﴾ [البقرة: ١٩٦]، أي فحلق رأسه ففدية، وهذه المقدرات من الأمر المتعارف في كلامهم، الجاري على نمط فصاحتهم، وهي كثيرة جداً.

ويتعلق بهذا الموضع فائدة خلافيه وهي: أن قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]، تقدير الكلام: فأكل فلا أثم عليه، فالاضطرار سبب للأكل ورفع الإثم عنه.

فالشافعي رحمه الله جعل هذا المقدر بعد قوله تعالى: ﴿غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ فيكون قوله: ﴿غَيْرَ بَاغٍ﴾ حالاً من الضمير المستكن في ﴿اضْطُرَّ﴾، ويعود ذلك إلى اشتراط كون السفر في غير معصية يحل تناول الميتة ونحوها، فيلزم منه أن العاصي بسفره لا يترخص، وإذا امتنع ذلك في هذه الرخصة اطرد في سائر الرخص الناشئة عن السفر.

وأبو حنيفة رحمه الله تعالى جعل هذا المقدر بعد قوله: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ﴾ وتقدير الكلام: [فمن اضطر] فأكل غير باغ ولا عاد، وفسر البغي والعدوان في الأكل، بأن يأكل فوق الشِّبَع، أو وهو يجد حلالاً، فيكون قوله: ﴿غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ حالاً من الضمير المستكن في المقدَر وهو أكل.

ولا ريب أن كون صاحب الحال ضميراً مستكناً في فعل ملفوظ به، أولى من جعله مستكناً في فعل مقدر، وذلك ظاهر[2]، وأيضاً فالاية مصدرة باشتراط الاضطرار فلا بد من تقييد الأكل به، وعلى التقدير الذي ذكروه لا يكون مضطراً، فلا يبقى للشرط فائدة، وأيضاً فالإنسان ينفر بطبعه عن الميتة ونحوها، فلا يبقى فائدة بالتقييد بعدم التعدي،

---

(١) هذا الحديث مركب من حديثين الشطر الأول منه ورد في صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٦/ ٢٤٧، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٢/ ٥٩، وسنن الترمذي ٤/ ١١١، وسنن أبي داود ٣/ ٧٠، وابن ماجه ٢/ ٩٤٧ وكلهم بلفظ: «من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه»، والشطر الثاني أخرجه الترمذي في سننه ٣/ ٦٦٢ وقال حديث حسن غريب، وأبو داود ٣/ ١٧٥.

(٢) راجع تفاصيل ذلك في تفسير الفخر الرازي ٥/ ٢٤ وما بعدها، وأحكام القران للجصاص ١/ ١٤٥-١٥٠.

بخلاف ما إذا صرف ذلك إلى حال المضطر[1].

الثانية: من قواعد الشافعي رحمه الله: أن الشرط إذا دخل على السبب ولم يكن مبطلاً، يكون تأثيره في تأخير حكم السبب إلى حين وجوده لا في منع السببية[2]، مثل قوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، فإن قوله: إن دخلت، لا يؤثر في قوله: أنت طالق، لأنه ثابت له قبل ذلك ومعه، فكان تأثيره في تأخير حكم السبب إذ لولا الشرط لوجد حكمه الآن.

وعند الحنفية: أن دخول الشرط على السبب يمنع انعقاده سبباً، لأنه على ذات السبب لا على حكمه[3]، ويبنى على هذا الأصل مسائل:

منها: أن البيع بشرط الخيار ينعقد سبباً لنقل الملك في الحال، وإنما يظهر تأثير الشرط في تأخير حكم السبب، وهو اللزوم.

ومنها: أنَّ خيار الشرط يورث، لأن الملك ينتقل إلى الوارث، والثابت له بالخيار حق الفسخ أو الإمضاء الراجعين إلى نفس العقد.

ومنها: أن تعليق الطلاق على النكاح لا يصح، لأن التطليق المعلق سبب لوقوع الطلاق، ودخول الشرط عليه تأثيره في تأخير حكمه، فلا بد وأن يكون السبب صالحاً للاتصال بالمحل الآن، حتى يتصور تأخيره وقبل النكاح ليس صالحاً لذلك.

الثالثة: الشروط الشرعية على أقسام:

أحدها: ما يتقدم مشروطه ويستصحب حكمه، كالوضوء والغسل والتيمم.

وثانيها ما يتقدمه ويبقى معه، كستر العورة والتنقي عن النجاسة.

وثالثها: ما يعتبر فيه فقط، كاستقبال القبلة وترك الكلام والأفعال.

ورابعها: ما يترتب الحكم عليه متصلاً به، كانقضاء الحول في الزكاة، والحنث في اليمين في أحد الوجهين، وقد اختلف في النية في العبادات على وجهين:

---

(١) تفسير الرازي ٥/ ٢٥.

(٢) ذكر هذه القاعدة عن ا لشافعي الزنجاني في كتابه تخريج الفروع على الأصول ـ كتاب البيع ـ مسألة رقم (٣) ص ١٤٨ كما ذكر جميع الفروع التي ذكرها العلائي، وفي مقابل كل فرع ذكر رأي الحنفية اعتماداً على قولهم في هذه القاعدة.

(٣) واحتجوا كذلك بأنه جعل التطليق جزاء لدخول الدار، والشرط إذا دخل على الجزاء علقه، وإذا علقه يمنع وصوله إلى محله، والعلة الشرعية لا تصير علة إلا بوصولها إلى محلها. ميزان الأصول ٢/ ٨٨٦، وتخريج الفروع على الأصول ص ١٤٨.

أحدهما: أنها ركن فيها، كالتكبيرة الأولى وقراءة القرآن، حكاه الرافعي والنووي عن الأكثرين[١].

والثاني: أنها شرط، كالاستقبال وستر العورة، وبه قطع القاضي أبو الطيب وابن الصباغ[٢]، وصححه ابن القاص والقفال، وقالوا: هو المشهور[٣]، واختلف فيه كلام الغزالي فقال في الصلاة: هي بالشروط أشبه[٤] وعدها رِكناً في الصوم[٥]، وحكى الرافعي عن الأصحاب اختلافاً في الركن والشرط.

فمنهم من قال: إنهما يفترقان افتراق العام والخاص، ولا معنى للشرط إلا ما لا بد منه، فكل ركن شرط ولا ينعكس.

وقال الأكثرون: يفترقان افتراق الخاصين[٦].

ثم حكى عن قوم أنهم فسروا الشرط بما يتقدم على الصلاة كالطهارة وستر العورة والأركان بما تشتمل عليها الصلاة.

وأورد عليه أن ترك الكلام والفعل الكثير وسائر المفسدات لا تتقدم على الصلاة وهي معدودة من الشروط.

وأجاب ابن الرفعة عن هذا: بأن ترك هذه المفسدات ليس شرطاً بل وجودها موانع.

وفي هذا نظر: لأن الغزالي صرح في كتبه[٧] بِعَدِّ هذه من جملة الشروط، وهو مبني

---

(١) فتح العزيز ٣/ ٢٥٥، والمجموع ٣/ ٢٧٧، ونهاية المحتاج بشرح المنهاج ١/ ٤٣١.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) حصل لبس لدى المصنف رحمه الله في النقل عن ابن القاص والقفال فإن النووي نقل عنهما العكس، فإنهما جعلا استقبال القبلة ركناً في المجموع: وقال ابن القاص والقفال: استقبال القبلة ركن، والصحيح المشهور أنه شرط لا ركن والله أعلم، وكذلك الرافعي فقال: وضم صاحب التلخيص إلى الأركان المذكورة استقبال القبلة واستحسنه القفال وصوبه، فإذا كان استقبال القبلة عندهما ركناً فكيف جعل المصنف النية شرطاً وشبهها بالاستقبال، ونسبها إليهما؟ فتح العزيز ٣/ ٢٥٥، والمجموع ٣/ ٢٧٧.

(٤) و وجهه، لأنها تتعلق بالصلاة، فتكون خارجة عن الصلاة، وإلا لكانت متعلقة بنفسها وإلا لافتقرت إلى نية، ثم إنه يعتبر دوامها حكماً إلى آخر الصلاة فأشبهت الوضوء والاستقبال، قال صاحب كفاية الأخيار ١/ ١٩٧: وهذا التعليل قوي.

(٥) الوسيط للغزالي ١/ ٥٩٢، وفتح العزيز ٣/ ٢٥٥، والمجموع ٣/ ٢٧٧.

(٦) فتح العزيز ٣/ ٢٥٤.

(٧) كالوجيز ١/ ٤٨.

على أن ما كان وجوده مانعاً كان عدمه شرطاً[1]، وهو اختيار الآمدي[2] وابن الحاجب[3] فلعله اختيار الغزالي، ولكن يرد على الغزالي فرقه بين الصلاة والصوم وجعلها شرطاً في الصوم أولى من عدها ركناً، لأنها تتقدم على الصوم بل لا يصح مقارنتها لأوله على الصحيح ولا بد من اقترانها بأول الصلاة.

ثم قال الرافعي: ولك أن تفرق بينهما بعبارتين.

إحداهما: أن تقول: يعني بالأركان المفروضات المتلاحقة التي أولها التكبير وآخرها التسليم ولا يلزم التروك فإنها دائمة لا تلحق ولا تلحق، ونعني بالشروط ما عداها من المفروضات.

والثانية: يعني بالشرط ما يعتبر بالصلاة بحيث يقارن كل معتبر سواه، وبالركن ما يعتبر لا على هذا الوجه، مثاله: الطهارة تعتبر مقارنتها بالركوع والسجود، وكل أمر معتبر ركنا كان أو شرطاً، والركوع معتبر لا على هذا الوجه، فحقيقة الصلاة تتركب من هذه الأفعال المسماة أركاناً وما لم يشرع فيها لا يسمى شارعاً في الصلاة، وإن تطهر وستر العورة واستقبل القبلة[4].

واعترض ابن الرفعة على هذه العبارة الثانية باستقبال القبلة، فإنه شرط ولا يعتبر في جميع الصلاة، فإنه في حالتي الركوع والسجود يكون مستقبلاً موضع ركوعه وسجوده، وهو اعتراض عجيب! فإن المصلي في حالتي الركوع والسجود مستقبلٌ قطعاً لكن بجملة بدنه، وليس المعتبر وجهه، ولا يخرج بذلك عن كونه مستقبلاً اتفاقاً، والله أعلم.

البحث الثاني عشر

في المانع وقد تقدم تحقيقه، وأنه على ثلاثة أقسام:

قسم يمنع ابتداء الحكم واستمراره إذا طرأ في أثنائه.

وقسم يمنع الابتداء وإذا طرأ في الأثناء لا يقطعه.

وقسم اختلف فيه وهو أيضاً على ضربين:

أحدهما: ما صحح فيه أنه من القسم الأول.

---

(١) ذكر الزركشي هذه القاعدة في المنثور ٣/ ١٤٦.

(٢) الإحكام للآمدي ١/ ١٨٥.

(٣) منتهى الوصول بحاشية التفتازاني ٢/ ٧.

(٤) فتح العزيز ٣/ ٢٥٤.

والثاني: ما صحح فيه أنه من القسم الثاني.

فهذه أربعة أقسام نذكر فيها ما يحضر من مسائلها إن شاء الله تعالى، وقد سمعت بعض القضاة يحكي عن العلامة علم الدين العراقي[1] أحد فضلاء الديار المصرية، أنه استنبط قاعدة: أن الطارىء في الدوام كالمقارن في الابتداء من قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُبۡطِلُواْ صَدَقَٰتِكُم بِٱلۡمَنِّ وَٱلۡأَذَىٰ كَٱلَّذِي يُنفِقُ مَالَهُۥ رِئَآءَ ٱلنَّاسِ وَلَا يُؤۡمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۖ﴾ [البقرة: ٢٦٤]، ففي الآية أن طريان المن والأذى بعد الصدقة، كمقارنة الرياء لها في الابتداء.

ثم إن الله تعالى ضرب مثالين:

أحدهما: للمقارن المبطل في الابتداء بقوله: ﴿فَمَثَلُهُۥ كَمَثَلِ صَفۡوَانٍ عَلَيۡهِ تُرَابٞ فَأَصَابَهُۥ وَابِلٞ فَتَرَكَهُۥ صَلۡدٗاۖ﴾ [البقرة: ٢٦٤]، الآية، فهذا فيه أن الوابل الذي نزل، قارنه الصفوان ـ وهو الحجر الصَّلد ـ وعليه التراب اليسير فأذهبه الوابل، فلم يبق محل يقبل النبات وينتفع بهذا الوابل، فكذاك الرياء وعدم الإيمان، إذا قارن إنفاق المال.

والثاني: للطارىء في الدوام أنه يفسد الشيء من أصله، بقوله تعالى: ﴿ أَيَوَدُّ أَحَدُكُمۡ أَن تَكُونَ لَهُۥ جَنَّةٞ مِّن نَّخِيلٖ وَأَعۡنَابٖ تَجۡرِي مِن تَحۡتِهَا ٱلۡأَنۡهَٰرُ لَهُۥ فِيهَا مِن كُلِّ ٱلثَّمَرَٰتِ وَأَصَابَهُ ٱلۡكِبَرُ وَلَهُۥ ذُرِّيَّةٞ ضُعَفَآءُ فَأَصَابَهَآ إِعۡصَارٞ فِيهِ نَارٞ فَٱحۡتَرَقَتۡۗ﴾ [البقرة: ٢٦٦]، فمعنى الآية أن هذه الجنة لما تعطل النفع بها بالاحتراق عند كبر صاحبها وضعفه وضعف ذريته، فهو أحوج ما يكون إليها، فكذلك طريان المن والأذى، يحبطان أجر المتصدق وأحوج ما يكون إليه يوم فقره وفاقته، هذا معنى ما سمعته منه، وفي هذا الاستنباط مناقشة لسنا بصددها، والكلام في المسائل التي هي من الأقسام الأربعة المتقدمة.

أما القسم الأول

وهو ما قطع بأن الطارئ في الدوام كالمقارن.

فمن صوره: الحدث، يمنع صحة ابتداء الصلاة والطواف، وإذا طرأ عمده عليهما قطعهما.

---

(١) علم الدين العراقي هو عبد الكريم بن علي بن عمر الأنصاري ولقب بالعراقي نسبة إلى جده لأمه، كان عالماً فاضلاً في علوم كثيرة، من مصنفاته الإنصاف في مسائل الخلاف بين الزمخشري وابن المنير وشرح التنبيه، توفي سنة ٧٠٤هـ. طبقات السبكي ٦/ ١٢٩، والدرر الكامنة ٢/ ٣٩٩.

ومنها: الرِّدة تمنع صحة النكاح ابتداء، وإذا وقعت في أثنائه قطعته، إما على الفور قبل الدخول، أو بعد انقضاء العدة إن كان بعد الدخول.

ومنها: الرضاع المحرم يمنع صحة النكاح ابتداء، وإذا طرأ عليه قطعه، وكذلك التحريم المؤبد، فلو نكح امرأة فوطئها أبوه أو ابنه بشبهة، أو وطى هو أمها أو بنتها بشبهة، انفسخ النكاح، وكذلك الرق أيضاً، لا يصح من الرجل نكاح أمته، ولا التي يملك بعضها، ولو ملك زوجته أو بعضها بطل النكاح، ومثله لا يجوز للمرأة أن تنكح عبدها، ولو ملكت زوجها أبو بعضه انفسخ النكاح.

ومنها: بلوغ الماء قُلَّتين إذا صادفته النجاسة كذلك، ولم يتغير بها تحقيقاً ولا تقديراً، منع تأثيره بها، ولو تنجس كذلك، ثم بلغ قلتين اندفع حكم النجاسة بالكثرة في ثاني الحال، كالابتداء.

ومنها: قصد الاستعمال المباح في الحَلْي إذا قارن ابتداء الصياغة أسقط الزكاة، وكذلك إذا طرأ هذا القصد بعد أن كان محرماً، فإنه يسقط الزكاة أيضاً.

ومنها: عكسه، إذا صاغ حَلْياً بقصد المباح ثم نوى به محرماً، وجبت فيه الزكاة، ويكون ابتداء الحول من حين نيته، كما إذا نوى ذلك عند قِنيته ابتداءً.

وهاتان المسألتان على الصحيح في أن الحلي المباح لا زكاة فيه.

ومنها: إذا اشترى عَرَضاً للتجارة ثم نوى إمساكه للقنية في أثناء المدة، تسقط الزكاة، كما إذا قارن ذلك الابتداء.

ومنها: الجنون والجذام والبرص والجَبُّ إذا كان بزوج وقارن ابتداء العقد ثبت للزوجة الخيار، وكذلك إذا حدث به في دوم النكاح، وهذه الأخيرة ليست من الموانع وإنما ذكرت استطراداً للقاعدة، وكذلك تأتي أيضاً في بقية الأقسام[1].

القسم الثاني

ما قطع فيه أن الطارئ في الدوام ليس كالمقارن في الابتداء، وفيه صور:

منها: الإحرام يمنع صحة النكاح ابتداء، ولو طرأ عليه لم يقطع بالإجماع.

ومنها: العدة كذلك أيضاً، فإذا طرأت عدة الشبهة على منكوحة لم يبطل نكاحها.

---

(١) ذكر جميع هذه المسائل السيوطي في الأشباه والنظائر ص ٣٣٤ تحت قاعدة المانع هل هو كالمقارن.

ومنها: خوف العَنَت يشترط في ابتداء نكاح الأمة، وإذا زال في أثنائه لم يقطعه.

ومنها: إذا اشترى عرضاً للقنية ثم نوى به التجارة في أثناء المدة، لم ينعقد الحول عليه، لأنه لم يقارن الشراء.

ومنها: الإسلام يمنع ابتداء السبي دون دوامه.

ومنها: توقيت النكاح يمنع صحة ابتدائه، وإذا طرأ في أثنائه لم يمنعه بأن يقول: أنت طالق بعد شهر أو سنة.

ومنها: رؤية الماء مانعة من ابتداء الصلاة بالتيمم، وإذا رآه في أثنائها لم يبطلها إذا كانت الصلاة مما يسقط فرضها بالتيمم.

ومنها: وِجدان الرقبة يمنع إجزاء التكفير بالصيام في الكفارة المرتبة، وإذا شرع في الصوم لعدمها ثم وجدها لم يمنع من دوامه وإجزائه.

ومنها: الإباق يمنع صحة عقد الرهن إذا قارنه، ولو رهن عبداً فأَبَق لم يبطل رهنه.

ومنها: إذا رهن ما يتسارع إليه الفساد وأطلق، ولم يشترط بيعه ففي صحته قولان: الأصح في المحرر البطلان[1].

ولو رهن ما لا يتسارع إليه الفساد، ثم طرأ ما يعرضه للفساد ـ كالإبتلال في الحنطة ـ فلا ينفسخ الرهن قولاً واحداً[2].

ومنها: الدين لا يصح جعله رهناً ابتداءً، ويصح أن يكون مرهوناً في ثاني الحال، كما إذا أتلفَ المرهون أجنبي، ووجبت قيمته في ذمته، فإنها تصير رهناً مكانه.

ومنها: ابتداء الرق في السبي يفسخ نكاح المسبية، ولا يفسخه دوام الرق، ولا يبدله بالبيع في أثنائه.

ومنها: تبعية المَسْبي لسابيه في الإسلام إنما يعتبر في الابتداء، فلو سباه الذمي وقلنا بالأصح إنه لا يصير بذلك مسلماً، ثم أسلم الذمي أو باعه من مسلم لم يحكم بإسلامه.

ومنها: العُنَّةُ تثبت بالخيار للزوجة إذا قارنت العقد، وإذا طرأت بعد الدخول لم تثبته.

ومنها: عقد الذمة لا يعقد مع تهمة الخيانة، ولو اتهمهم بعد العقد لم ينبِذ إليهم عهدهم، بخلاف الهدنة فإنه ينبذ إليهم العقد بالهدنة.

---

(١) الروضة ٤/ ٤٤.

(٢) المصدر السابق.

ومنها: إذا أوقد ناراً في ملكه في يوم ريح عاصف، فسرت إلى ملك الغير كان ضامناً، ولو ابتدأها والوقت ساكن من الريح، ثم هبت في أثنائه بغتة لم يضمن، لأنه معذور.

ومنها: إذا أسلم العبد في دوام ملك الكافر لم يبطل ملكه بل يؤمر بإزالته، ولو كان مسلماً في الابتداء لم يصح تملكه إياه اختياراً على الصحيح إلا في الصور المتقدمة.

ومنها: لا يصح رهن العبد الجاني إذا تعلق برقبته أَرْش جناية مالية على الأصح، ولو جنى المرهون لم ينفسخ الرهن، بل إن عفا المجني عليه استمر، وإلا فإن فداه السيد فكذلك، وإلا يبع منه ما يؤدى منه الأَرْشُ.

ومنها: الإغماء يمنع صحة ابتداء الاعتكاف، ولو طرأ في أثنائه لم يبطله.

القسم الثالث

ما فيه خلاف والراجح أن الطارئ كالمقارن، وفيه أيضاً مسائل:

منها: الاستعمال في الماء تدفعه الكثرة ابتداء، وهل تدفعه في الدوام إذا بلغ قلتين؟ فيه وجهان: الأصح: أنه يعود طهوراً.

ومنها: إذا أحرم المرتد بحج أو عمرة لم يصح إحرامه، ولو طرأت الردة على الإحرام هل تبطله؟ فيه خلاف: والراجح أنه يبطل حتى لو أسلم لم يبن على ما مضى.

ومنها: لو أنشأ السفر مباحاً، ثم صرفه إلى معصية في ثاني الحال، قال في الروضة: الأصح أنه لا يترخص[1]، فجعل طارىء المعصية على الأصح كالمقارن.

ومثله أيضاً: إذا أنشأ السفر لمعصية ثم تاب وغير قصده، قال في الروضة: قال الأكثرون: ابتداء سفره من ذلك الموضع، فإن كان منه إلى قصده مسافة القصر ترخص وإلا فلا[2].

وقيل: في الترخص وجهان، كما لو نوى مباحاً ثم جعله معصية، فعلى قول الأكثرين، طارئ قصد السفر المباح كالمقارن له ابتداء.

ومنها: الصيد لا يصح من المحرم ابتداء الملك عليه، وإذا أحرم وفي ملكه صيد زال عنه ملكه، ولزمه إرساله في أصح الوجهين[3].

---

(١) الروضة ١/٣٨٨.

(٢) المصدر السابق، والمجموع ٥/٣٤٥.

(٣) الوجه الثاني: أن ملكه لا يزول عنه ولا يضمنه إلا بالجناية عليه لأن الإحرام عبادة فوجب أن لا يزيل=

ومنها: إذا وجد الزوج بالمرأة أحد العيوب الخمسة[١] ثبت له الخِيار، ولو حدث بها في الدوام فيه قولان، والجديد أن له الخيار أيضاً كالابتداء.

ومنها: إذا وجد عين ماله عند من أفلس وكان الدين حالاً رجع فيه، ولو كان مؤجلاً وحل في أثناء الحال فكذلك على الصحيح.

ومنها: اشتراط العدد في ابتداء صلاة الجمعة لا شك فيه، وهل هو شرط في الدوام حتى لو انفضوا في أثناء ذلك نتمها ظهراً أم لا، بل نتمها جمعة؟ فيه قولان، الأصح الاشتراط، كالوقت ودار الإقامة.

ومنها: إذا قلنا يصح رهن الجاني جناية توجب القصاص دونما إذا كانت توجب المال ابتداء، فرهن عبداً قد تعلق به قصاص، فعفا المستحق على مال فهل يتبين بطلان الرهن ويكون كتعلق الأَرْش ابتداء أم لا؟ فيه وجهان:

واختيار الشيخ أبي محمد: البطلان، فعلى هذا لو حفر العبد بئراً ثم رهن، ثم تردى فيه إنسان وتعلق الضمان برقبته، ففي تبين فساد الرهن وجهان[٢]، لأن الحفر لم يكن سبباً تاماً.

ومنها: لو جنى العبد المرهون على سيده خطأ لم يثبت له عليه مال على الصحيح، وخالف ابن سريج فيه، فلو جنى على طرف من يرثه السيد خطأ، ثبت له المال، فلو مات وورثه السيد فوجهان:

أصحهما عند الإمام والصيدلاني: أنه يسقط بمجرد انتقاله، كما لا يثبت له ذلك ابتداء.

والثاني ـ وبه قطع العراقيون ـ: لا يسقط وله بيعه فيه كما كان للموروث[٣]، وإن رجح قول العراقيين فتكون هذه من القسم الآتي[٤].

وكذلك الحكم لو كانت الجناية على وارث السيد، ثم مات السيد، فورث العبد بعد أن ثبت له عليه أرش الجناية فهل يسقط أم لا؟ فيه وجهان:

= الملك كسائر العبادات ولأنه ملك لمحل فوجب أن لا يزول ملكه عنه بالإحرام كسائر الأموال. الحاوي ٥/ ٤٢١.

(١) هي: البرص، والجذام، والجنون، والرتق، والقرن. الروضة ٧/ ١٧٦-١٧٧.

(٢) الروضة ٤/ ٤٦.

(٣) فتح العزيز ١٠/ ٤٣٥.

(٤) أي القسم الرابع.

ومنها: أنَّ وجود الحرة مانع من ابتداء نكاح الأمة، وكذلك القدرة على نكاحها، فلو نكح أمة حالة عدم ذلك ثم أيسر ونكح حرة عليها لم ينفسخ نكاح الأمة على الصحيح لقوة الدوام، وقال المزني: ينفسخ النكاح في الصورتين[١].

ومنها: إذا تزوج العبد بحرة ثم اشترته بعد المسيس، ولم تكن قبضت المهر فإنه ينفسخ النكاح، وهل يسقط المهر؟ فيه وجهان: أصحهما لا يسقط.

ومنها: إذا قلنا الملك في الموقوف للموقوف عليه، فلا يتزوج الأمة الموقوفة عليه، فلو وقفت زوجته عليه انفسخ نكاحه على المذهب، وفيه وجه أنه لا ينفسخ، لأنه ملك تقديري فلا يقوى على قطع دوام النكاح.

القسم الرابع

ما حكَوا فيه خلافاً والراجح أن الطارئ ليس كالمقارن.

فمنها: إذا نكح الأب جارية أجنبي حيث يجوز له نكاح الأمة ثم ملكها ابنه، والأب حيث لا يجوز له ابتداء نكاح الأمة، فهل ينفسخ النكاح؟ فيه وجهان حكاهما الرافعي قال:

أحدهما: نعم، كما لو ملكها هو.

وأصحهما: أنه لا ينفسخ النكاح، لأن الأصل في النكاح إثبات الدوام، وللدوام من القوة ما ليس للابتداء، ثم قال: أجري الوجهان فيما لو نكح جارية ابنه ثم عتق[٢].

قلت: وصورة هذه المسألة أن يكون الأب رقيقاً وابنه حر، فيتزوج رقيقة ابنه ثم يعتق الأب، فهل تقطع الحرية الطارئة الدوام، كما تدفع المقارنة الابتداء؟ فيه وجهان.

ومنها: إذا أسلم الرجل، ووطئت المرأة بشبهة ثم أسلمت، قال الرافعي[٣]: المشهور والمحكي عن نصه في رواية الربيع[٤]: استمرار النكاح، وكذا لو أسلمت فوطئت بالشبهة في زمان التوقف ثم أسلم الزوج قبل انقضاء العدة، يستمر النكاح، وإن كان لا يجوز ابتداء نكاح المعتدة[٥].

---

(١) الروضة ٧/ ١٣٣.

(٢) الروضة ٧/ ٢١٣.

(٣) الروضة ٧/ ١٤٧.

(٤) الأم ٥/ ٤٠.

(٥) لأن عدة الشبهة لا تقطع نكاح المسلم فذا أولى. الروضة ٧/ ١٤٧.

قال[١]: ومن أصحابنا من قال: يندفع النكاح، كما لا يجوز ابتداء النكاح في العدة.

قلت: وقد اعترض القفال على هذا، بأن عدة الوطء بالشبهة لم تجب لكونها في عدة التربص، فأشبهت الرجعة، فلو كانت وجبت بأن حبلت من وطء الشبهة لم يجز للزوج إمساكها كالابتداء.

وقال القاضي حسين: هذا ضعيف، لأن مدة التربص إنما تحسب من العدة إذا لم تسلم حتى انقضت، فأما إذا أسلمت قبل انقضائها، فإنا نتبين أن الفُرقة ما وقعت، وأنَّ عدة الوطء بالشبهة وجبت عليها من حين الوطء، بخلاف عدة الرجعة.

ومنها: إذا أسلم على أكثر من أربع، ثم أحرم فله أن يختار منهن أربعاً في حالة الإحرام على المذهب، وقيل: فيه قولان[٢]، والمنصوص هو الأول[٣] لأن هذا ليس ابتداء بل هو استدامة[٤].

وكذلك الرجعة أيضاً تصح في حال الإحرام، وإن كان الزوجان محرمين نص عليه الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وقطع به العراقيون، وحكى الخراسانيون وجهين: أصحهما هذا[٥]، لأن الرجعة استدامة[٦].

ومنها: إذا وكل الحلاَّل حلالاً في إيجاب النكاح أو قبوله ثم أحرم الموكل، فهل ينعزل الوكيل؟ فيه وجهان:

---

(١) أي الرافعي.

(٢) أحدهما: القطع بالمنع، كما لو أسلم وتحته أمة وهو موسر لا يجوز إمساكها.
والثاني: وهو الصحيح أن المسألة على قولين: أحدهما المنع، وأظهرهما ومختار أكثر الأصحاب الأخذ بظاهر النص، لأن عروض الإحرام لا يؤثر كما في نكاح المسلم، ولأن الإمساك استدامة فأشبه الرجعة. الروضة ٧/ ١٤٧-١٤٨.

(٣) القفال أنكر هذا النص وقال: تفحصت كتب الشافعي فلم أجده. حلية العلماء ٦/ ٤٢٩، والروضة ٧/ ١٤٧.

(٤) ومنهم من قال: إن أسلم ثم أحرم ثم أسلمن لم يجز أن يختار قولاً واحداً، لأنه لا يجوز أن يبتدأ النكاح وهو محرم. المهذب ٢/ ٥٣.

(٥) والثاني: أنها لا تصح الرجعة بناء على اشتراط الشهادة، وقال النووي: والصواب الأول. المجموع ٧/ ٢٨٥.

(٦) انظر هذه الأقوال في المجموع ٧/ ٢٨٥.

أصحهما: لا ينعزل، بل له مباشرة العقد بعد تحلل الموكل بتلك الوكالة السابقة، فلو وكله ليعقد في حالة الإحرام لم يصح التوكيل، وإن أطلق ففيه خلاف[1].

ويتصل بذلك الكلامُ في مسألة مهمة وهي: أن الحاكم إذا أحرم بالحج فهل لنوابه أن يعقدوا النكاح في حال إحرامه؟ الذي يظهر أنه كالوكيل، فإن المذهب الذي صححه الرافعي وغيره: أنه ليس للحاكم المحرم عقد النكاح[2].

وقد حكى الشاشي عن الماوردي أنه ذكر في الحاوي أن الإمام إذا كان محرماً لم يجز أن يزوج، وهل يجوز لخلفائه من القضاة المحليين؟ فيه وجهان[3].

وهذا الخلاف جار بطريق الأولى في نواب الحاكم، لأن القضاة لا ينعزلون بموت الإمام وانعزاله، ونواب الحاكم ينعزلون بذلك على أحد الوجهين.

وقد حكى المحاملي في «المجموع» الوجهين في أنه هل للإمام أن يزوج بالولاية العامة؟[4] ثم قال: إن الحاكم كالإمام، وحكى عن بعض الأصحاب: أن الصحيح في الإمام جواز ذلك له، وفي الحاكم المنع، لأن منع الإمام يؤدي إلى امتناع حكام الأرض بخلاف القاضي[5].

ثم اعترض المحاملي على ذلك: بأنه إذا امتنع على الإمام التزويج في حال الإحرام لم يلزم منه أن تمتنع خلفاؤه، لأنه لو مات لم ينعزلوا بموته، وهذا يقتضي أن نواب الحاكم عنده لا يزوجون في حال الإحرام مستنيبهم على القول إنهم ينعزلون بموته، وهو الأصح، فحكمهم في ذلك حكم الوكيل، ولا يقدح في ذلك توقف انعزالهم على بلوغ الخبر بموته أو انعزاله، بخلاف الوكيل على الأصح، لأن ذلك لأجل الضرر الحاصل من تتبع الأحكام التي حكموا بها بين العزل وبلوغ الخبر بالنقض، وذلك مما يقع كثيراً أو يعسر الاحتراز منه، وهذا المعنى مفقود في حال الإحرام.

ويترتب على ذلك أيضاً، أن الحاكم لو استناب عنه خليفة في حال إحرامه لم يكن لنائبه أن يعقد إذا لم يكن ذلك لمستنيبه حالة الاستنابة.

---

(١) لم يذكر النووي فيه خلافاً، قال في المجموع: «وإن قال أتزوج بعد التحلل أو أطلق صح، لأن الإحرام يمنع انعقاد النكاح دون الإذن» المجموع ٧/ ٢٨٥.

(٢) الروضة ٧/ ٦٧.

(٣) حلية العلماء ٣/ ٢٩٣.

(٤) أصحهما: الجواز، وذكر الماوردي وجهاً ثالثاً: وهو أنه للإمام دون القاضي المجموع ٧/ ٢٨٤.

(٥) الحاوي ٥/ ١٦٥، والمجموع ٧/ ٢٨٤.

ومنها: إذا ملك عبداً له عليه دين في ذمته، فهل يسقط الدين؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يسقط، كما لا يثبت له على عبده دين ابتداء.

وأصحهما: أنه يبقى كما كان، إذ للدوام من القوة ما ليس للابتداء.

ومنها: إذا استأجر مسلم داراً من حربي في دار الحرب، ثم ملكها المسلمون، أو استأجر حربي فاسترق، لم تنقطع الإجارة على المذهب.

وخرج بعضهم فيها خلافاً من الاختلاف في أن الزوجة إذا سبيت هل ينفسخ نكاحها؟

ومنها: إذا أجر الولي للطفل مدة لا يبلغ فيها بالسن وقد يبلغ بالاحتلام، فإنه يصح، لأن الأصل دوام الصبا، فلو احتلم في أثنائها فوجهان:

رجح الشيخ أبو إسحاق[1] والروياني في الحلية[2] البقاء.

ورجح الإمام والمتولي: المنع[3].

وعلى الأول، لا خيار له على المذهب[4]، كالصغيرة إذا زوجت فبلغت، وكذلك القول فيما إذا أجر الولي مال المجنون مدة، فأفاق في أثنائها.

ومنها: لو أجر عبده مدة ثم أعتقه، لم تنفسخ إجارته على الصحيح، لأن السيد تبرع بإزالة الملك، ولم تكن المنافع له وقت العتق، وعلى هذا لا رجوع له على السيد بأجرته على الأصح[5].

ومنها: إذا قتل ذمي ذمياً، ثم أسلم القاتل، ثم مات ولي الذمي المقتول وورثه ذمي، فالصحيح وجوب القصاص لهذا الوارث وإن كان انتقل إليه بعد إسلام القاتل، لأن ذلك في حكم الدوام والإرث.

ومنها: إذا باع العين المأجورة من مستأجرها يصح البيع على الصحيح، وهل تنفسخ الإجارة أم لا؟ فيه وجهان: أصحهما أنها لا تنفسخ[6].

---

(١) أي الشيرازي.

(٢) اسم الكتاب حلية المؤمن في الفروع وهو من المتوسطات، فيه اختيارات كثيرة منها ما يوافق مذهب مالك. كشف الظنون ١/ ٦٩١.

(٣) الروضة ٥/ ٢٥٠.

(٤) ٥/ ٢٥١.

(٥) المصدر السابق.

(٦) والثاني: تنفسخ، قاله ابن الحداد، ويعبر عنه بأن الإجارة والملك لا يجتمعان. الروضة =

ومنها: إذا آلى ثم جب ذكره ففيه طرق[1]، أظهرها: أن فيه قولين: أصحهما بقاء الإيلاء، بخلاف ما إذا كان مجبوباً حالة الإيلاء فإن الأصح من القولين عدم صحة الإيلاء.

ورجح الإمام: عدم الصحة، فجعله كالمقارن.

ومنها: إذا قلنا بالصحيح المشهور إنه لا يصح هبة الآبق، فلو وهب ابنه عبداً فأبق فهل يصح رجوع الأب فيه وهو آبق؟ فيه وجهان، وظاهر التعليل صحة ذلك، لأن الرجوع ليس كملك مبتدىء.

ومنها: لو أسلم الحربي فاسترقَّت زوجته بعد الدخول.

فالأظهر: انفساخ النكاح، وهي على هذا من القسم الذي قبل هذا.

والثاني: تتربص إلى انقضاء العدة رجاء زوال الكفر والرق، فلو أسلمت والزوج ممن لا يحل له نكاح الأمة ابتداء فوجهان، والأصح: أنه ينفسخ نكاحها.

وكذلك إذا أسلم وتحته حرة وأمة وأسلمتا معه، فظاهر المذهب، أن الحرة تتعين للنكاح، ويندفع نكاح الأمة.

ثم حكى الرافعي عن القاضي حسين: أنه خرج على ذلك قولين[2].

وأصل هذا، أن اختيار من أسلم لبعض نسائه وإمساكه جار مجرى استدامة النكاح، أو مجرى ابتدائه؟ وفيه قولان مستنبطان.

ومأخذ القول بأنه استدامة، كونه لا يحتاج إلى صيغة النكاح، ولا ولي ولا شهود، ولا رضى المرأة، وأنه استدراك عقد أشرف على الزوال، فأشبه الرجعة.

وصحح الجمهور: أنه كابتداء النكاح، تنزيلاً لحال التزامهم حكم الإسلام مقام ابتداء العقد، فينظر إلى حصول الشرائط حينئذ، وقد تقدم ترجيح الاستدامة عند مقارنة إسلامها الإحرام أو عدة الشبهة وترجيح الابتداء عند مقارنة الرق.

وفرق بينهما، بأن نكاح الأمة بدل يعدل إليه عند تعذر نكاح الحرة، والإبدال أضيق

= ٥/ ٢٥٣.

(١) الحاوي ١٣/ ٣١٣.

(٢) الروضة ٧/ ١٤٨.

حكما من الأصول، بخلاف العدة والإحرام، لأنهما لا يقطعان نكاح المسلم فكانا بالاستدامة أشبه، والله أعلم.

فائدة

وقع في المذهب مسائل عكس القسم الثاني المتقدم في هذه القاعدة، اغتفر فيها حالة الابتداء ما لم يغتفر في الدوام، إما قطعاً، وإما على الراجح، أو على قول.

فمنها: إذا طلع الفجر وهو مجامع فنزع في الحال، نص الشافعي أنه يصح صومه[(١)]، ولو وقع مثل ذلك في أثناء الصوم أبطله.

قال الرافعي: المسألة تصور على ثلاثة أوجه[(٢)]:

أحدها: أن يحس وهو مجامع بتباشير الصبح فينزع حيث يوافق آخر النزع ابتداء الطلوع.

والثاني: أن يطلع الفجر وهو مجامع، ويعلم به كما طلع وينزع كما علم.

والثالث: أن يمضي زمان بعد الطلوع ويعلم به، وليست هذه الصورة مرادة بالنص على ظاهر المذهب[(٣)].

نعم يجيء فيها الوجه القائل: بأنه إذا أكل على ظن أن الصبح لم يطلع فبان خلافه لا يبطل صومه واختلفوا في الصورتين الأوليين.

فقال أبو إسحاق المروزي: نص الشافعي محمول على الصورة الأولى دون الثانية[(٤)]، والذي اختاره الجمهور أن الثانية مرادة بالنص أيضاً[(٥)]، وذكروا فيها خلاف مالك وأحمد والمزني[(٦)].

---

(١) الأم ٢/ ٨٣.

(٢) فتح العزيز ٦/ ٤٠٣.

(٣) المجموع ٦/ ٣٠٩.

(٤) فتح العزيز ٦/ ٤٠٣، وقال النووي: وهو وجه ضعيف شاذ محكي عن المزني. المجموع ٦/ ٣٠٩.

(٥) الروضة ٢/ ٣٦٥.

(٦) قالوا: لا يصح صومه إذا نزع مع طلوع الفجر، قال المزني: لأن الجماع إيلاج وإخراج، فإذا بطل الإيلاج بطل الإخراج، وإلى ذلك ذهب زفر من الحنفية. الحلية ٣/ ١٩٣، والمجموع ٦/ ٣٠٣، وبلغة السالك ١/ ٢٥٢، والمغني ٣/ ٦٣.

وحكى الإمام عن والده في تصوير هذه المسألة مسلكين:

أحدهما: أنها على سبيل الفرض والتقدير كدأب الفقهاء في أمثالها.

والثاني ـ وهو الأقوى ـ: أنا تعبدنا بما نطلع عليه ولا معنى للصبح إلا ظهور الضوء للناظر وما قبله فلا حكم له، فمتى كان الشخص عارفاً بالأوقات ومنازل القمر ولا حائل بينه وبين مطلع الصبح وترصد فمتى أدرك الضوء فهو أول الصبح المعتبر[1].

ومنها: إذا أحرم بالحج أو العمرة وهو مجامع ففيه ثلاثة أوجه[2]:

أحدها: أنه ينعقد إحرامه صحيحاً، فإن نزع في الحال استمر، وإلا فسد نسكه، وعليه البدنة والقضاء والمضي في الفاسد، فعلى هذا اغتفر الجماع في ابتداء الإحرام ولم يغتفر في أثنائه، إذ لو وقع منه أفسده اتفاقاً[3].

والثاني ـ وهو الأصح ـ: ينعقد إحرامه فاسداً، فإن نزع في الحال لم تجب البدنة، وإن مكث وجبت[4].

والثالث: أنه لا ينعقد شيء أصلاً[5].

وعلى هذين الوجهين الفرق بينه وبين الصوم: أن طلوع الفجر هناك ليس من فعل المكلف، بخلاف إنشاء الإحرام، فنسب إلى التقصير في الإحرام دون الصوم.

ومنها: الجنون لا يمنع ابتداء الأجل، بل يجوز لوليه أن يشتري له شيئا بثمن مؤجل، ويمنع دوامه على قول، فيحل عليه الدين المؤجل إذا جن على أحد القولين، وذكر النووي أنه المشهور[6]، وليس كذلك.

---

(1) فتح العزيز ٦/ ٤٠٥، وقد لخص النووي مذاهب العلماء فيمن أولج ثم نزع مع طلوع الفجر فقال: مذهبنا أنه لا يفطر ولا قضاء ولا كفارة، وبه قال أبو حنيفة وآخرون.
وقال مالك والمزني وزفر وداود: يبطل صومه.
وعن الإمام أحمد روايتان: الأولى: يفطر وعليه كفارة، والثانية: يصح صومه ولا قضاء ولا كفارة.
المجموع ٦/ ٣٠٣-٣١١.

(2) المنثور للزركشي ٣/ ٣٧٢.

(3) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٣٥.

(4) أي وجبت بدنة وقيل شاة في قول. الروضة ٣/ ١٤٣.

(5) قال النووي في الروضة ٣/ ١٤٣: هذا الثالث أصحها.

(6) الروضة ٤/ ١٢٩.

ومنها: مصلي النافلة في السفر حيث توجه راكباً، هل يجب عليه استقبال القبلة في حالة الإحرام؟ فيه أربعة أوجه[١]:

أصحها: إن تيسر ذلك له وسهل عليه وجب، وإلا فلا.

والثاني: يجب ذلك مطلقاً، فإن تعذر عليه لم تصح صلاته.

والثالث: لا تجب مطلقاً.

والرابع: إن كانت الدابة عند الإحرام متوجهة إلى القبلة أو إلى طريقه أحرم كما هو، وإن كانت إلى غيرهما لم يجز إلا إلى القبلة، والمراد بالتيسير في الوجهين الأولين: أن تكون الدابة واقفة ويمكن تحريفها إلى القبلة، أو سائرة وزمامها بيده وهي سهلة الانحراف، فعلى هذين الوجهين اشترط في الابتداء ما لم يشترط في الدوام، أو اغتفر في الدوام ما لم يغتفر في الابتداء، فيكون بهذا الاعتبار من القاعدة المتقدمة أو يقال: ترك الاستقبال مانع في الابتداء دون الدوام.

ومنها: أنَّ الضمان والأمانة لا يجتمعان ابتداء على رأي المزني[٢]، فلو رهن المغصوب من الغاصب زال عنه الضمان وإن لم يقبضه منه، وقد يجتمعان في الدوام فيما إذا تعدّى المرتهن على الرهن فإنه يصير ضامناً ويبقى الرهن بحاله، فعلى طريقة الجمهور لا فرق في اجتماع الأمانة والضمان بين الدوام والابتداء.

واختلفوا فيما إذا أودعه عنده ولم يقبضه أولاً، هل يبرأ من الضمان؟ فمن يبرئه يرى أن الضمان والتأمين لا يجتمعان ابتداء بخلاف الدوام، ويمكن جعل هذه المسألة أيضاً من صور القاعدة السابقة، والأحكام في الجميع متقاربة.

ويقرب من هذه المسائل التي تصح ابتداء، ليترتب عليها آثارها، ولا تصح استدامتها كشراء الأصول والفروع حيث يترتب العتق، وكذلك شراء من شهد المشتري بحريته إذا قيل بأنه بيع من الطرفين.

وكذلك بقية المسائل التي تقدم أنه يصح فيها دخول المسلم في ملك الكافر ابتداء ولا يصح استدامته اتفاقاً.

ومنها: أيضاً وطء من علق الثلاث على الوطء، فإن ابتداء الإيلاج مباح، واستدامته محرمة وذلك على المشهور في المذاهب.

---

(١) الروضة ١/ ٢١١.

(٢) مختصر المزني مع الحاوي ٧/ ١٣٣.

وفيه وجه لابن خيران: أن ابتداء الوطء محرم[1]، لأن النزع الواقع بعد الإيقاع استمتاع وقد صارت أجنبية، وأجاب الجمهور بأن النزع ترك، ولا معصية على تارك.

نعم اختلفوا في شيئين.

أحدهما: وجوب الحد عليه إذا استدام، والصحيح أنه لا يجب، لأن أوله مباح، فانتهض شبهة لسقوط الحد.

والثاني: عن أبي الحسين بن القطان واختاره الروياني: أنه يجب إن كان عالماً بالتحريم[2].

فتكون هذه من صور القسم الثالث المتقدم، لأن ابتداء الوطء لو كان وهي أجنبية وجب الحد، وفي استدامته لم يكن كذلك على الصحيح.

والثاني: في وجوب المهر إذا استدام، ونص[3] الشافعي رحمه الله يقتضي أنه لا يجب، ونص فيما إذا طلع الفجر في رمضان وهو مجامع فاستدام عالماً به تجب الكفارة.

وللأصحاب طريقان[4]:

أحدهما: طرد قولين في المسألتين بالنقل والتخريج[5].

والثاني: تقرير النصين.

والفرق بينهما: أنه لو لم تجب الكفارة في الصوم لخلا إفساد صوم رمضان بالجماع عنها، وإذا أوجبنا المهر في هذا الوطء لزم منه إيجاب مهرين بإيلاج واحد، لأن المهر الأول قابل جميع الوَطْئَات إلى آخر العمر، فأول الوطء قابله جزء من المهر، وهذا هو الذي صححه الرافعي وغيره[6] والله أعلم.

---

(١) الروضة ٨/ ٢٣٤.

(٢) فتح العزيز ٦/ ٤٠٤، والروضة ٨/ ٢٣٤،

(٣) الأم ٢/ ٨٣ و ٥/ ١٦٦.

(٤) فتح العزيز ٦/ ٤٠٤.

(٥) أحدهما: وجوب الكفارة والمهر كما لو نزع وأولج ثانياً.
والثاني: لا يجب واحد منهما، لأن ابتداء الفعل كان مباحاً، وأصحهما: القطع بوجوب الكفارة ونفي المهر. فتح العزيز ٦/ ٤٠٤.

(٦) ذكر الرافعي مذاهب العلماء في المسالة فقال: عند أبي حنيفة لا تجب الكفارة بالمكث واختاره المزني، وساعدنا مالك وأحمد فاختارا الوجوب. فتح العزيز ٦/ ٤٠٤.

قاعدة

في الصحة والفساد

وهما من أنواع خطاب الوضع أيضاً، لأنهما حكم من الشارع على العبادات والعقود، ينبني عليهما أحكام شرعية، وقول ابن الحاجب[١] إنهما عقليان ضعيف ولم يقله غيره[٢].

وقد اختلفوا في تفسير الصحة في العبادات، فذهب المتكلمون من أصحابنا: إلى أنها عبارة عن موافقة أمر الشرع في ظن المكلف لا في نفس الأمر.

وقال الفقهاء: المراد بها إسقاط القضاء[٣]، وبنوا على ذلك صلاة من ظن أنه متطهر ثم تبين حدثه، فعند المتكلمين وقعت صحيحة بالنسبة إلى ظن المكلف وإن لم يعتد بها، وعند الفقهاء هي باطلة[٤].

وذكر القرافي[٥] في أن النزاع لفظي والأحكام متفق عليها، لأنهم اتفقوا على أنه موافق لأمر الله تعالى وأنه يثاب عليها وأنه لا يجب عليه القضاء إذا لم يتبين حدثه، ويجب إذا تبين، ولكن خلافهم في لفظ الصحة، هل وضع لما وافق الأمر سواء وجب القضاء أم لم يجب، أو لما لا يمكن أن يتعقبه قضاء؟ وهذا فيه نظر، إذ يترتب عليه مسائل غير ما ذكر.

منها: صلاة الرجل خلف الخنثى المشكل، ثم يتبين أنه رجل، وفيها قولان:

أصحهما: أنها باطلة يجب قضاؤها، وهي مبنية على قول المتكلمين، لأنها ليست موافقة لأمر الشرع.

---

(١) منتهى الوصول ٢/ ٧، والبحر المحيط ١/ ٣١٢.

(٢) قول شيخنا العلائي (لم يقله غيره) غير دقيق، فقد قال الزركشي في البحر المحيط ١/ ٣١٢: أشار إليه ابن التلمساني في تعليقه على المنتخب فقال: موافقة الشريعة ليست حكماً شرعياً حقيقياً فإنها نسبة بين الفعل والواقع والأمر مثلاً، فهي تستلزم الحكم الشرعي لا أنها نفس الحكم الشرعي فتسمية الموافقة والمخالفة حكم مجاز، ونقل الزركشي عن ابن دقيق العيد أن جده العلامة أبا الحسن المظفر بن عبدالله قال بذلك.

(٣) المستصفى ١/ ٦٠، والإحكام للآمدي ١/ ١٨٦، وشرح تنقيح الفصول ص ٧٦.

(٤) لأنها لا تسقط القضاء. المحصول ١/ق١/ ١٤٢.

(٥) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٧٦-٧٧، ولعل كلمة (في) زائدة، والصواب: (ذكر القوافي أن).

والثاني: أنه لا يجب قضاؤها، فتكون صحيحة على اصطلاح الفقهاء.

ومنها: صلاة من لم يجد ماء ولا تراباً على القول بأنه يجب عليه أن يصلي كذلك، ثم تلزمه الإعادة إذا قدر على أحدهما، وهو الأظهر، فإن في تسميتها صحيحة أو باطلة خلافاً للأصحاب، حكاه الإمام في النهاية[1] قولين، والمتولي في التتمة وجهين في كتاب الأيمان.

ويبنى عليها، لو حلف أنه لا يصلي فالظاهر أن هذا الخلاف راجع إلى تفسير الصحة المتقدمة، لكن يرد على الفقهاء كل صلاة فعلت لحرمة الوقت ثم وجب قضاؤها، كصلاة المتيمم في الحضر، وواضع الجبائر على غير طهر، وغير ذلك، فإنها صحيحة مع وجوب القضاء، وقد يطلق عليها لفظ الفساد لوجوب قضائها بعد ذلك، لكنهم لم يصرحوا به، وللنظر فيه مجال.

وأما المعاملات: فالذي قاله جمهور أئمة الأصول[2]: أن معنى الصحة ترتب آثارها عليها، ومعنى الفساد عدم ذلك.

والمراد بالآثار: ما شرع ذلك العقد له، كالتصرف في المبيع، والاستمتاع في النكاح، ونحو ذلك.

والمراد الترتب بالقوة لا بالفعل، وإلا فالمبيع في مدة الخيار وقبل قبضه لا تترتب ثمراته عليه وليس ذلك لعدم صحته، بل لمانع وهو عدم اللزوم.

وقد عدل بعضهم عن ذلك إلى عبارة تشمل العبادات والمعاملات جميعاً، وهي: أن كون كل منهما صحيحاً عبارة عن استجماع جميع أركانه وشرائطه، وينبغي أن يزاد في ذلك، مع القدرة عليها، حتى لا ترد صلاة المريض قاعداً مع العجز أو مشقة القيام، وصلاة من صلى إلى جهة الاجتهاد ثم تبين أنها غير القبلة، إذا قلنا لا تلزمه الإعادة، وأمثال ذلك.

وأما البطلان والفساد، فهما نقيضان للصحة، وقد أطلق أصحابنا في تصانيفهم الأصولية أنهما مترادفان على مذهبنا، ولا فرق بين الباطل والفاسد، ونقلوا الخلاف فيه عن الحنفية[3].

---

(١) نقل النووي في المجموع ٣/ ٢٧٨ كلاماً للإمام قريباً من هذا المعنى.

(٢) المحصول ١/ ق١/ ١٤٣، والإحكام للآمدي ١/ ١٨٦، والبحر المحيط ١/ ٣١٣.

(٣) المحصول ١/ ق١/ ١٤٣، والإحكام للآمدي ١/ ١٨٧.

فالباطل عندهم: الممنوع بأصله ووصفه، كبيع الحر والخمر.

والفاسد: المشروع بأصله الممنوع بوصفه[١] كبيع درهم بدرهمين فإنه مشروع من حيث إنه بيع فيما يصح العقد عيه في الجملة، ولكنه ممنوع من حيث إنه عقد رباً، وهو وصف عارض له[٢]، وكذلك البيع إلى أجل مجهول ونحوه، وبنوا على ذلك أن العقد الفاسد إذا اتصل القبض به ملك المشتري المبيع، لكن بثمن المثل.

وقد وقع في المذهب[٣] التفرقة بين الباطل والفاسد في مواضع.

منها: الحج، فقد تقدمت المسألة إذا أحرم مجامعاً، وأن أحد الأوجه أنه لا ينعقد بالكلية، والثاني أنه ينعقد فاسداً ويجب المضي فيه، وهو الأصح عند الرافعي، وصحح النووي: عدم الانعقاد[٤].

وكذلك لو جامع في أثناء الإحرام يفسد، ويجب المضي فيه، ويلزمه القضاء، بخلاف ما إذا وقع في غيره من العبادات، كالصوم والاعتكاف، فإنه يبطل بالكلية[٥].

وقالوا: إذا ارتد في أثناء الإحرام بطل بالكلية[٦].

ومثل المسألة الأولى أيضاً: ما إذا أحرم بالعمرة ثم أفسدها بالجماع ثم أدخل عليها الحج، ففيه أيضاً الأوجه الثلاثة، وأصحها: أنه ينعقد فاسداً، وقيل: لا ينعقد أصلاً، وقيل: ينعقد صحيحاً[٧].

ومنها: الشركة، فقالوا: في شركة الأبدان[٨] وشركة الوجوه[٩] باطلة، وفي شركة

---

(١) تيسير التحرير ٢/ ٣٩١ وما بعدها، وبدائع الصنائع للكاساني ٥/ ٢٩٩، وكشاف القناع للشيخ منصور بن إدريس البهوتي ٢/ ٥.

(٢) فإذا سقط الوصف العارض عاد صحيحاً.

(٣) أي المذهب الشافعي.

(٤) الروضة ٣/ ١٤٣، والتمهيد ص ٥٦.

(٥) وحكم الباطل أنه لا يجب المضي فيه بخلاف الفاسد. التمهيد ص ٥٥.

(٦) المجموع ٧/ ٤٠.

(٧) التمهيد ص ٥٦.

(٨) شركة الأبدان: هي أن يشترك صانعان ليعملا بأبدانهما ويشتركا في كسبهما. الحاوي ٨/ ١٦٤.

(٩) شركة الوجوه هي: أن يشترك الرجلان ولا مال لهما على أن يشتركا معتمدين على ثقة الناس بهما ثم يبيعا ما اشترياه والربح بينهما، فيقول للرجل اشتر علىجاهي متاعاً والربح بيننا. الحاوي ٨/ ١٦٢.

العِنان الصحيحة إذا شرط فيها شرط فاسد، مثل أن يشترط في الربح تفاوتاً على رأس المالين تفسد الشركة، ويكون لكل منهما أجرة مثل عمله، وينفذ فيها تصرف كل منهما.

وكذلك أيضاً في القراض هو على العروض ونحوها باطل، وفيما إذا قال: على أن لك من ربحه شيئاً، أو شركة فاسدة، وكذلك غيرها من الصور، فينفذ تصرف العامل، ويكون له أجرة مثل عمله، والربح كله للمالك، وكذلك في الوكالة أيضاً كما تقدم.

ومنها: العارية، وفيها مسألتان:

إحداهما: إذا قال أعرتك حماري بشرط أن تعيرني فرسك، ونحو ذلك، ففيها وجهان.

أحدهما: أنها إجارة فاسدة، وهو الأصح.

والثاني: عارية باطلة.

وخرجوا على الوجهين: وجوب الأجرة وعدمه، ووجوب الضمان وعدمه.

الثانية: إعارة الدراهم والدنانير لتزيين الحوانيت، حكوا أيضاً فيها وجهين، فإن صحت فهي مضمونة، وإن فسدت ففي الضمان وجهان:

أحدهما: أنها مضمونة، لأن حكم الفاسد حكم الصحيح في الضمان وعدمه[1].

والثاني: أنها لا تضمن، لأنها عارية باطلة، كذا قاله الغزالي[2]، وهو صريح في الفرق بين الباطل والفاسد.

ومنه: في النكاح إذا زوج عبده بحرة على أن تكون رقبته صداقاً لها، فالصحيح الذي قطع به الجمهور: أن العقد باطل لا يصح، لما فيه من التناقض، وقطع صاحب الشامل: بأنه يصح، ويرجع إلى مهر المثل.

ومنها: في الكتابة والخلع، وهما أشهر الأبواب التي فرق فيها بين الباطل والفاسد، وكثرت المسائل المترتبة على ذلك فيهما[3].

---

(١) قال السيوطي في الأشباه والنظائر ص ٤٧٤: قال الأصحاب: كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده، وما لا يقتضي صحيحة الضمان فكذلك فاسده.

(٢) قاله في الوسيط باب العارية كذا قاله الأسنوي في التمهيد ص ٥٦، كما نقل الأسنوي عن الغزالي قوله: أبطلناها ـ أي العارية ـ ففي طريقة العراقيين أنها مضمونة لأنها إعارة فاسدة، وفي طريقة المراوزة أنها غير مضمونة، لأنها غير قابلة للإعارة فهي باطلة.

(٣) فالباطل منها ما كان على عوض غير مقصود كالدم، أو رجع إلى خلل في العاقد كالصغر والسفه والفاسد خلافه. التمهيد ص ٥٥.

أما الخلع: فضابطه أن كل ما أوجب البينونة، وأثبت المسمى، فهو الخلع الصحيح، وكل ما أسقط الطلاق بالكلية، أو أسقط بينونته من حيث كونه خلعاً، فهو الباطل.

وقولنا: من حيث كونه خلعاً، احترازاً من وقوع البينونة باستيفاء عدد الطلاق وكل ما أوجب البينونة من حيث كونه خلعاً، أو أفسد المسمى، فهو الخلع الفاسد، سواء أوجب مهر المثل أو غيره.

وهذه القاعدة للإمام[1]، واضطرب فيها كلام الغزالي وحاصل ما ذكره: أنه إن كان الخلل في المطلق فهو مبطل، وإن كان في القابل، فإن كان يرجع إلى الصيغة فهو مبطل، وإلا فهو مفسد أيضاً، وإن كان الخلل في الملتزم، فإن كان مما تقابل بالأعواض فهو مفسد، وإلا فهو مبطل، ومتى اجتمعت شروط الموجب والقابل والملتزم والصيغة فالخلع صحيح، وحيث يقع التردد في البطلان، فهو للاختلاف في حصول ما ذكرنا من البطلان، وحيث يقع الاختلاف في الفساد، فهو للاختلاف في الاختلال المقتضي للفساد.

وأما الكتابة: فالباطلة: ما لم توجب عتقاً بالكلية، أو أوجبته من حيث كونه تعليقاً لا من حيث كونه موجباً للعوض.

والفاسدة: ما أوقعت العتق وتوجب عوضاً في الجملة.

والصحيحة: ما أوجبت المسمى، فمتى انتظمت المعاوضة بأركانها وشروطها كانت صحيحة، وإن اختل بعض أركانها كانت باطلة، وإن وجدت أركانها ممن تصح عبارته ووقع الخلل في العوض أو اقترن بها شرط مفسد كانت فاسدة[2]، والكتابة باطلة لاغية.

والفاسدة تشارك الصحيحة في بعض الأحكام وتفارقها في بعض.

فمن الأول: أنه إذا أدى العبد المسمى عتق بموجب التعليق، ولأنه يستفيد بها الاكتساب فيتردد ويتصرف، وأن الفاضل من الكسب بعد الأداء له، لأن الفاسدة كالصحيحة في حصول العتق بالأداء، فكذلك في الكسب، وأنه إذا جني عليه كان الأرش له، وكذلك إذا وطئت المكاتبة بشبهة.

---

(١) الأشباه والنظائر ص ٤٧٩، ويمكن استنباطها مما حكاه الرافعي عن الإمام في الروضة ٧/ ٣٧٦.

(٢) جاء في الروضة ١٢/ ٢٣٢: أن الكتابة الباطلة: هي التي اختل بعض أركانها، بأن كان السيد صبياً أو مجنوناً أو مكرهاً على الكتابة أو كان العبد كذلك، أو لم يجر ذكر عوض وهي لاغية.
والفاسدة: هي التي اختلت صحتها لشرط فاسد في العوض، بأن ذكر خمراً أو مجهولاً أو كاتب بعض العبد.

قال الغزالي: وإذا استقل سقطت نفقته عن السيد، وله معاملته كالمكاتب كتابة صحيحة.

ومنع البغوي ذلك وقال: لا ينفذ تصرفه فيما في يده كالمعلق عتقه بصفة.

وقال الرافعي: ولعل هذا أقوى[(١)].

ومن الثاني: أنه إذا أدى المسمى في الفاسدة وعتق، رجع على السيد بما أدى، ورجع السيد عليه بقيمته يوم العتق[(٢)]، وقد يجيء فيه أقوال التقاص عند التجانس[(٣)]، وإنما يثبت للعبد الرجوع إذا كان المدفوع مالاً، فإن كان خمراً ونحوه، لم يرجع بشيء.

وإن للسيد فسخ الكتابة الفاسدة بخلاف الصحيحة، ثم إن شاء فسخ بنفسه، وإن شاء رفع إلى القاضي ليحكم بإبطالها.

وإذا فسخت ثم أدى بعدها، لم يعتق لأنه وإن كان تعليقاً فهو في ضمن معاوضة، فإذا ارتفعت المعاوضة ارتفع ما تضمنه من التعليق.

---

(١) ذكرت جميع الأقوال أعلاه في الروضة ١٢/ ٢٣١.

(٢) الروضة ١٢/ ٢٣٣.

(٣) إذا ثبت لشخصين كل واحد منهما على صاحبه دين بجهة واحدة أو جهتين كسلم وقرض نظر! هل هما نقدان أو لا؟ وهل هما جنس أو لا؟ فإن كانا جنساً واتفقا في الحلول وسائر الصفات فأربعة أقوال:
أظهرها: يحصل التقاص بنفس ثبوت الدينين ولا حاجة إلى الرضى إذ لا فائدة فيه.
والثاني: لا يحصل التقاص وإن رضي، لأنه بيع دين بدين.
والثالث: يشترط في التقاص رضاهما.
والرابع: يكفي رضى أحدهما.
وإن اختلف الدين في الصفات، كالحلول والتأجيل، لم يحصل التقاص لاختلاف الأغراض، ولصاحب الحال أن يستوفيه وينتفع به إلى أن يحل ما عليه.
وإن كانا جنسين فلا مقاصة، والطريق أن يأخذ أحدهما ما على الآخر ثم إن شاء جعل المأخوذ عوضاً عما عليه فيرده إليه، هذا كله إذا كان ا لدينان نقدين.
أما إذا لم يكونا نقدين فإن كانا جنساً فالمذهب أنه لا تقاص، وبه قطع جمهور العراقيين، وقيل هو على الأقوال، وقيل: إن كانا من ذوات الأمثال فعلى الأقوال، وإلا فلا تقاص قطعاً.
وإن كانا جنسين فلا تقاص قطعاً.
وإن كانا جنسين فلا تقاص قطعاً وإن تراضيا. الروضة ١٢/ ٢٧٣-٢٧٤.

وتبطل الفاسدة بموت السيد بخلاف الصحيحة، فلا يعتق بالأداء إلى الوارث، ويجزئ السيد عتقه عن الكفارة، وإن لم يفسخ الكتابة، بل يكون ذلك فسخاً لها، كما لو باعه أو وهبه، إلى غير ذلك من الفروع المعروفة في موضعها[١].

وقد حاول بعض شيوخنا الأئمة التفريق بين هذه الأبواب وغيرها.

أما الحج فلقوته لزم المضي في فاسده.

وأما الشركة والوكالة والقراض فقد تقدم أن نفوذ التصرف مستفاد من الإذن الذي تضمنه كل واحد منهما بخلاف الباطلة، فإنه لم يكن فيها إذن صحيح، وفي هذا الفرق نظر.

وأما العارية فالمسألة الأولى: إنما فيها الفرق بين الإجارة والعارية ولا تفرقة فيها بين باطل وفاسد.

والثانية: فكلام الغزالي مؤول حيث قال: عارية باطلة على أنه أراد إجارة لا عارية بالكلية حتى يعتورها البطلان بل مجرد تسليط من المالك.

وأما النكاح: فليس من هذا في شيء، لأن حقيقة الخلاف في تلك المسألة، أنه هل انعقد أم لا؟ كما لو كان بغير ولي ولا شهود، وعلى القول بالانعقاد، فالفساد إنما وقع في المهر، فيسقط ويجب مهر المثل، كسائر الصور التي من أمثاله، إذ القاعدة المستقرة في المذهب: أن النكاح لا يفسد بفساد العوض، وستأتي المواضع التي يفسد الصداق فيها ويجب مهر المثل في موضعها إن شاء الله تعالى.

أما الخلع والكتابة: فإنما جاء ذلك فيهما لاشتمال كل منهما على شائبتي المعاوضة والتعليق، وذلك ظاهر فيهما، والقاعدة: أنه إذا اجتمع في الباب شائبتان، تغلب أقواهما، وستأتي هذه القاعدة فيما بعد إن شاء الله تعالى.

فإذا انتظمت في الخلع أو الكتابة، ولم يتطرق إليها مفسد، صار التعليق الذي اشتمل عليه العقد، فلم يفرق من حيث كونه عقداً بين الباطل والفاسد، كما يقول الحنفية، بل هو من تلك الحيثية جار على قواعد العقود، وفي الفروع التي أشرنا إليها في الكتابة ما يوضح هذا الفرق، وبالله التوفيق.

---

(١) وقد ذكرت في الروضة ١٢/ ٢٣٣-٢٣٦ فروق أخرى كما أن السيوطي ذكر في الأشباه والنظائر ص ٧٧٣-٧٧٨ ستين فرقاً بين الكتابة الصحية والفاسدة.

فوائد

الأولى: قال الروياني في كتاب الفروق له[1]: التصرفات بالشِّرَى الفاسد كلها، كتصرفات الغاصب، إلا في وجوب الحد عليه، وانعقاد الولد حراً، لظنه حريته، وكونها أم ولد على قول.

الثانية: ذكروا في كتاب الرهن: أنَّ فاسد كل عقد كصحيحه في الضمانوعدمه[2]، وفي أواخر كتاب الهبة من الروضة[3] أن المقبوض في الهبة الفاسدة هل هو مضمون كالمبيع الفاسد أم لا كالهبة الصحيحة؟ فيه وجهان، ويقال قولان: ثم قال: قلت: أصحهما لا ضمان، وهو المقطوع به في النهاية، والعدة[4]، والبحر، والبيان، ذكروه في باب التيمم[5].

الثالثة: قالوا في الإجارة والهبة وما لا ضمان فيه: إنه إذا صدر من صبي أو سفيه وتلفت العين في يد المستأجر أو المتَّهب وجب الضمان، وهذا يقتضي أحد أمرين:

يلزم أحدهما، إما أن ينقض بذلك قولهم إن فاسد كل عقد كالصحيح في الضمان وعدمه.

وإما أن يقال بالبطلان في هذه الصورة، ويفرق فيهما بين الباطل والفاسد، فتكثر الأبواب التي يفرق فيها بين الباطل والفاسد.

وقد قالوا في السفيه إذا كاتب: إن كتابته باطلة ولم يجعلوها فاسدة.

الرابعة: وقع في المهذب[6] عدة مسائل، اختلف فيها في إلحاق النكاح الفاسد بالصحيح.

منها: بماذا يعتبر إمكان لحوق الولد به؟ فيه وجهان:

أحدهما: من حين العقد، كالنكاح الصحيح.

---

(١) الأشباه والنظائر ص ٤٨٠، ولم أستطع العثور على ترجمة لهذا الكتاب.

(٢) الأشباه والنظائر ص ٤٧٤.

(٣) الروضة ٥/ ٣٨٨.

(٤) هو عدة العالم والطريق السالم لابن الصباغ المتوفي سنة ٤٧٧ هـ في الفقه الشافعي ولا يلقب ابن الصباغ بصاحب العدة. انظر كشف الظنون ٢/ ١١٢٩.

(٥) الروضة ٥/ ٣٨٨.

(٦) المهذب ٢/ ٦٣.

والثاني: وهو الأصح، من حين الوطء.

ومنها: ابتداء مدة العدة عن النكاح الفاسد، فيه وجهان:

أحدهما: من آخر وطأة وطئها الزوج.

والثاني: من حين التفرق بينهما، إما من جهة الحاكم، أو من جهة أنفسهما بانجلاء الشبهة لها، ورجحه البغوي[1]، لأن الاستدلال به ينقطع.

ومنها: هل يتوقف لحوق الولد على إقراره بالوطء، كالأمة، أم لا يتوقف، كالنكاح الصحيح؟ فيه وجهان.

ومنها: إذا قلنا إنه لا يلتحق فيه الولد إلا بالإقرار بالوطء، فلو ادعى الاستبراء بحيضة، هل يكفي ذلك في انتفاء الولد عنه؟ أم لا بد من نفيه عنه باللعان؟ فيه وجهان، ورجح الثاني.

---

(١) الروضة ٨/ ٣٨٦.

قاعدة

الصحيح في مذهب الشافعي رضي الله عنه أن **الكفار مخاطبون بفروع الشرائع في الأوامر والنواهي**[١].

وقال الشيخ أبو حامد الإسفراييني: يتناولهم الأوامر دون النواهي[٢].

ومن الأصحاب من عكس ذلك[٣].

ومنهم من منع في الجميع، كمذهب أبي حنيفة[٤]، ونقل ذلك عن تفريعات أبي إسحاق المروزي بل وعن المزني أيضاً[٥].

وقال الأستاذ أبو إسحاق في تعليقه: لا خلاف في أن خطاب الزواجر من الزنا والسرقة والقذف متوجِّهٌ إلى الكفار[٦].

وقال النووي في شرح المهذب[٧]: اتفق أصحابنا في كتب الفروع على أنه لا تجب عليهم الصلاة والزكاة ولا غيرها من فروع الإسلام، وأما في كتب الأصول فذكر فيها الخلاف المشهور.

ثم قال: وليس هذا مخالفاً لقولهم في الفروع، لأن مرادهم في الفروع أنهم لا يطالبون بها في الدنيا، وإذا أسلموا لم يلزم قضاء الماضي، ولم يتعرضوا لعقوبة الآخرة، ومرادهم في الأصول العقاب الأخروي، زيادة على عقاب الكفر، ولم يتعرضوا للمطالبة في الدنيا[٨].

---

(١) البرهان ١/١٠٧، والمستصفى ١/٩١، والمحصول ١/ق٢/٤٠١.

(٢) نسب الرازي لأبي حامد الإسفراييني القول بأنهم غير مخاطبين كالحنفية. المحصول ١/ق٢/٤٠١، وهذا الرأي مردود بالإجماع فهم مخاطبون بالنواهي. البحر المحيط ١/ ٤٠٢.

(٣) البحر المحيط ١/ ٤٠١.

(٤) أصول السرخسي ١/ ٧٣.

(٥) مختصر المزني مع الأم ٨/ ١٦٧.

(٦) البحر المحيط ١/ ٤٠١.

(٧) المجموع ٣/ ٤.

(٨) وفي هذه المسألة ـ تكليف الكفار بالفروع ـ مذاهب أخرى غير ما ذكر منها:
أ- أن المرتد دون الكافر الأصلي، حكاه القاضي عبد الوهاب في الملخص والطرطوشي في العهد.
ب- أنهم مكلفون بما عدا الجهاد.
ج- حكي عن بعض الأشاعرة القول بالوقف. انظر تفاصيل ذلك في البحر المحيط =

قلت: وكذا ذكر جماعة من الأصوليين[1] أن فائدة الخلاف إنما هي في ثبوت العقاب في الآخرة زيادة على عقاب الكفر، ولا تظهر له فائدة في الدنيا.

وليس كذلك، لأن الفائدة الدنيوية ليست منحصرة في المطالبة بالقضاء بعد الإسلام، بل في المذهب مسائل كثيرة ترجع إلى هذه القاعدة، وصرح في بعضها جماعة بأنها مخرجة عليها.

منها: إذا اغتسلت الذمية لتحل لمن يحل له وطؤها من المسلمين ثم أسلمت، فهل يجب عليها إعادة الغسل؟ فيه وجهان:

رجح الرافعي: وجوب الإعادة[2].

ورجح إمام الحرمين وجماعة[3]: عدم الوجوب[4].

وحكي الأول عن النص، وكأن الأولين نظروا إلى أن هذه طهارة ضرورية، وليست على قياس العبادات، ولهذا اكتفوا فيه بغسل المجنونة، والممتنعة[5]، أنه ينوي عنها من يغسلها.

واحتج الإمام: بنص الشافعي على أن الكافر إذا لزمته كفارة فأداها، ثم أسلم لا يلزمه الإعادة[6].

قال: ولعل الفرق بينهما، أن الكفارة إنما تكون بالمال، فلا يخلو عن غرض شرعي، من إطعام محتاج، أو كسوة عار، أو تخليص رقبة من رق، وهذه المصالح لا تختلف باختلاف الأحوال من فاعليها، فإذا وجدت فلا حاجة إلى إعادتها، بخلاف ما يعتد به في حق الشخص نفسه.

ومنها: لو اغتسل الكافر من جنابة أو توضأ ثم أسلم، هل يجزئه ذلك أو يجب إعادته؟ الصحيح وجوب الإعادة، لعدم النية المجزية منه حالة الكفر[7].

= ١/ ٤٠٢-٤٠٣.

(١) كالرازي. المحصول ١/ ق٢/ ٤٠٢.

(٢) فتح العزيز ١/ ٣١٣.

(٣) كأبي بكر الفارسي.

(٤) المجموع ١/ ٣٣٠.

(٥) أي التي تمتنع عن الغسل لتحل لزوجها.

(٦) المجموع ١/ ٣٣٠.

(٧) فتح العزيز ١/ ٣١١.

وقال أبو بكر الفارسي[١]: يصح ذلك منه، لوجوبه عليه، وغلطه الإمام[٢] وغيره لأجل النية، لا لعدم صحة الأصل.

ومنهم[٣] من طرد ذلك في التيمم أيضاً.

ومنها: هل يلبث الكافر الجنب في المسجد؟ فيه وجهان:

أصحهما: أنه يمكن من ذلك[٤]، وهو مشكل إذا فرعنا على الراجح من المذهب.

ومنها: لو مَرَّ بالميقات في حال كفره مريداً النسك، ثم أسلم بعد ذلك، فأحرم من موضعه ولم يعد إلى الميقات، فإنه يلزمه الدم، نص عليه الشافعي رحمه الله[٥]، واتفقوا على تصحيحه.

وقال المزني: لا دم عليه[٦]، وهي مبنية على قولهما في الأصل المتقدم[٧].

ومنها: إذا دخل الكافر أرض الحرم وقتل به صيداً، فهل يلزمه الجزاء؟ فيه وجهان:

ومنها: أنه يصح الظهار من الذمي لم ينقلوا فيه خلافاً[٨]، بل المنع مذهب الحنفية[٩] بناء على قولهم: إنهم غير مخاطبين بالفروع.

ثم قال أصحابنا: ما دام موسراً لا يباح له الوطء، بل يقال له إن أردت الوطء فأعتق، ولو كان معسراً وهو قادر على الصوم لم يجز له العدول إلى الإطعام، ولا يجزىء الصوم منه في حالة الكفر، فيقال له: أسلم ثم صم حتى يباح لك الوطء، لأنه قادر على الإسلام، فإن عجز عن الصوم لكبر أو مرض جاز له حينئذ الإطعام في حال الكفر، هكذا ذكر القاضي حسين وتلميذاه المتولي والبغوي، وتردد فيه الإمام من حيث إنَّ

---

(١) هو أحمد بن سهل الفارسي صاحب كتاب «عيون المسائل» في نصوص الشافعي، تفقه على ابن سريج، ونقل عنه الرافعي مراراً، توفي في حدود سنة ٣٥٠هـ. طبقات الأسنوي ٢/ ٢٥٤، والإعلام ١/ ١١٠.

(٢) المجموع ١/ ٣٣٠، والبحر المحيط ١/ ٤٠٨.

(٣) كإمام الحرمين. المجموع ١/ ٣٣٠.

(٤) المهذب ٢/ ٢٥٨، والروضة ١/ ٢٩٧.

(٥) الأم ٢/ ١٤٢.

(٦) مختصر المزني مع الأم ٨/ ١٦٧.

(٧) يقصد تكليف الكفار بالفروع.

(٨) الروضة ٨/ ٢٦١.

(٩) حاشية رد المحتار ٣/ ٤٦٦.

الذمي نقره على دينه ولا نحمله[1] على الإسلام.

وأجاب الرافعي[2]: بأن هذا ليس حملاً على الإسلام، بل يقال له لا نمكنك من الوطء إلا بعد الكفارة، فإما أن تتركه، أو تسلك طريق الحل.

ومنها: إذا كفر بالمال في حال كفره أجزأ، حكاه النووي في شرح المهذب[3] عن الشافعي والأصحاب.

ورأيت بخطي فيما علقته قديماً حكاية وجهين في وجوب الإعادة عليه إذا أسلم، والإمام حكى في النهاية[4] الإجزاء قطعاً، وعلل بما تقدم[5]، ثم إنه لا يجزئ إعتاق الكافر في الكفارة، فيتصور في الذمي الإعتاق فيها بأحد الوجوه التي تقدمت أنه يصح فيها تملك الكافر المسلم[6]، فإن لم يكن شيء من ذلك فإن جوزنا له شراء المسلم على القول الضعيف، اشتراه وأعتقه، وإن لم نجوز ذلك، فيجيء فيه ما تقدم، بأن يقال له أسلم وأعتق، وإلا فلا يباح لك الوطء.

ومنها: إذا قتل خطأ لزمته الكفارة، والحكم في تكفيره بالعتق أو الإطعام ما تقدم.

ومأخذ القول بأنه لا يجزئ التكفير في حال الكفر: كون النية شرطاً في ذلك، ويمكن أن تكون هذه الصورة مستثناة من ذلك.

ومنها: أن المرتد يلزمه قضاء ما فاته أيام ردته من الصلوات والصيام، لأنه مخاطب بها، وقد التزم ذلك بالإسلام المتقدم، وليس كالكافر الأصلي، لأن سقوط القضاء عنهم بعد الإسلام تخفيفاً، لئلا ينفروا عن الدخول في الإسلام، والمرتد غير أهل للتخفيف، بل هو محمول على الإسلام قسراً.

وهل يجزئه التكفير بالمال في حال ردته؟ المذهب: أنه يجزئه.

ومنهم من خرجه على الخلاف في زوال ملكه، ومأخذ الإجزاء تشبيهه بقضاء الديون[7].

---

(١) في النسخ: يحمله، والصحيح ما أثبتناه ليتناسب مع ما قبله.

(٢) الروضة ٨/ ٢٦٢.

(٣) المجموع ١/ ٣٣٠.

(٤) ذكرت هذه المسألة في البحر المحيط ١/ ٤٠٨ دون أن تنسب لأحد.

(٥) من إقراره على دينه وعدم حمله على الإسلام.

(٦) ومن هذه الوجوه: الإرث، وأن يسلم العبد في يد الكافر، وقد أشار المصنف إلى هذه الوجوه.

(٧) الروضة ٨/ ٢٨٠.

ومنها: أن الكفار إذا استولوا على أموال المسلمين وأحرزوها بدارهم لا يملكونها، بل هي باقية على ملك أربابها، حتى إذا استنقذت منهم درت إليهم، ولا تكون غنيمة[1]، والحنفية مخالفون في ذلك[2]، وهو راجع إلى الأصل المتقدم.

ومنها: ضمان الحربي النفس التي قتلها، والمال الذي أتلفه في حال الحرب على المسلمين، حكى أبو الحسن العبادي أن الأستاذ أبا إسحاق ذهب إلى أنه يجب عليه ذلك، تخريجاً على هذه القاعدة.

قال الرافعي: ويعزى هذا إلى المزني في المنثور.

قلت: ومقتضاه أن يكون المزني يقول بهذه القاعدة، وقد تقدم عنه الخلاف فيها.

والمذهب الذي عليه الجمهور: أنه لا يضمن ذلك بعد الإسلام، عملاً بالقاعدة الأخرى من قوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]، وما تواتر من فعل النبي ﷺ، والصحابة بعده رضي الله عنهم من عدم الإقادة ممن أسلم كوحشي[3] قاتل حمزة[4] رضي الله عنه وغيره، وهو كإسقاط قضاء الصلوات وغيرها عنه لما تقدم[5].

ومنها: أن يحرم عليهم التصرف في الخمر بالبيع والشراء على الصحيح، وفيه وجه، ويتخرج عليه أنا لا نأخذ منهم في الجزية وأثمان المبيعات ما تيقنا أنه من ثمن الخمر على المذهب[6].

---

(١) الروضة ١٠/ ٢٩٣-٢٩٤.

(٢) الاختيار ٤/ ١٣٣.

(٣) هو وحشي بن حرب مولى بني نوفل، قتل حمزة رضي الله عنه قبل إسلامه، كما قتل مسيلمة الكذاب في حروب الردة، شهد اليرموك، وسكن حمص ومات بها في خلافة عثمان رضي الله عنه. الإصابة ٣/ ٦٣١.

(٤) هو حمزة بن عبد المطلب عم النبي ﷺ وأخوه من الرضاعة استشهد في أحد، ولقبه رسول الله ﷺ «أسد الله وسيد الشهداء». الإصابة ١/ ٣٥٣، وقصة قتل وحشي لحمزة ذكرها البخاري في صحيحة بشرح فتح الباري ٧/ ٣٦٧.

(٥) من التخفيف عنهم لئلا ينفروا من الدخول في الإسلام.

(٦) تخريج شيخنا العلائي عدم جواز أخذ ثمن الخمر من الذمي في الجزية أو في أثمان المبيعات فيه نظر، لأن التحريم لا يتوجه إلى الأعيان، وقد أشار العلائي نفسه إلى ذلك ص (٤٤٣) في فصل ما يعترض على الأهلية.

وخرج المتولي الخلاف في ذلك على هذه القاعدة(١).

وأبو حنيفة رحمه الله يجوز ذلك(٢) بناء على أصله فيها.

ومنها: إذا أوصى الكفار لجهة عامة تتضمن معصية كبناء الكنائس، أو لأهل الحرب، وقطاع الطريق، قطع الأصحاب ببطلان ذلك(٣) خلافاً لأبي حنيفة، وهو مبني على ذلك.

والحاصل: أن ما كان عندنا قربة نفذناه من وصاياهم وأوقافهم إن لم يكن عندهم قربة، وكذلك ما كان مباحاً، وما كان عندنا معصية لم ننفذه ولا نظر إلى اعتقادهم، والله أعلم.

ومنها: أنه تجب على الكافر الفطرة عن عبده وقريبه ومستولدته المسلمين على الأصح(٤)، خرجه بعض فضلاء العصر على هذه القاعدة.

وفيه نظر، لأنهم صرحوا بأن الخلاف في هذه أن من لزمه فطرة غيره هل تجب على المؤدي ابتداء، أم على المؤدى عنه ثم يتحملها المؤدي؟ وفي ذلك قولان مستنبطان من كلام الشافعي.

والأصح أنها تجب على المؤدى عنه ثم يتحملها عنه المؤدي(٥)، فلا تعلق لذلك بهذه القاعدة.

وضابط هذه القاعدة: أن المأتي به إما أن لا يكون مرتباً على ما قبله، كأول واجب فلا خلاف في تكليف الكافر به.

وإن كان مرتباً على ما قبله، فإن لم يصح الإتيان به منه حالة الكفر كان فيه الخلاف، وترجع فائدته غالباً إلى تضعيف العذاب إلا في اليسير كما ذكرنا.

وإن صح منه الإتيان به، فالذي يظهر أنه مكلف به كالكفارة، وإن توقفت صحتها على النية بقيت في ذمته، ولا تسقط عنه بالإسلام لأنها حق الفقراء.

ولكن يشكل على ذلك، سقوط الزكاة عنه فيما مضى في زمن الكفر بالإسلام

---

(١) المجموع ٩/ ٢٢٧.

(٢) حاشية رد المحتار ٤/ ٥٠٣.

(٣) الروضة ٦/ ٩٨.

(٤) المجموع ٦/ ١٢٣.

(٥) فتح العزيز ٦/ ١٢٨، والمجموع ٦/ ١٠٦.

اتفاقاً[١]، فإن علل بأن الزكاة طهرة قلنا: والكفارة جابرة، فالأولى القول بصحة العتق عنه أو الإطعام عن الكفارة في حالة كفره كما اختاره الإمام[٢] وتكون هذه مستثناة من اشتراط النية فيها، والله أعلم.

قاعدة

يجوز الحكم على المعدوم بالتكليف عند أهل السنة كلهم، لا على معنى أنه يؤاخذ به حال عدمه، بل بمعنى أن التكليف يتعلق به تعلقاً ما يقتضي مؤاخذته إذا وجد واستجمع الشرائط، والخلاف فيه مع المعتزلة[٣].

وعلى ذلك يتخرج الحكم على الأشياء المعدومة وتقدر موجودة، كالإيمان في حق أطفال المؤمنين، والكفر في أولاد الكفار، حتى يجوز سبيهم واسترقاقهم، بل في صفات البالغين المعقولة عنهما أيضاً كذلك، كالعدالة والأمانة وأضدادها.

قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام رحمه الله: وأعلم أنه لا يعزى شيء من العقود والمعاوضات من جواز إيراده على معدوم، فإن البيع قد يكون مقابلة عين بدين، وقد يقابل الدين بالدين، ثم يقع التقابض في المجلس وكلاهما عند العقد معدوم، والمنافع في الإجارة معدومة، فإن قوبلت بمنفعة بمثلها كانت مقابلة معدوم بمثله، والسلم مقابلة معدوم بموجود، وكذلك القرض، والمضاربة عمل العامل فيها معدوم، وكذلك الأرباح، وكذلك المساقاة، والمزارعة المتفق عليها، مقابلة معدوم بمثله، لأن عمل العامل معدوم، ونصيبه مما يخرج كذلك أيضاً[٤]، وذكر كثيراً من الأبواب كذلك[٥].

---

(١) المجموع ٥/ ٣٢٨، والروضة ٤/ ١٤٩.

(٢) الروضة ٨/ ٢٦٢.

(٣) اختلف علماء الأصول في جواز الحكم على المعدوم إلى ما يأتي:
أولاً: الجواز. وهو مذهب أهل السنة.
ثانياً: عدم الجواز، وهو مذهب المعتزلة والكرامية وغيرهم. وسبب الخلاف اختلافهم في كلام الله النفسي. فأهل السنة يقولون: إن الحكم هو خطاب الله المتعلق بأعمال المكلفين. وهذا الخطاب هو كلام الله النفسي القديم. وهو صفة واحد لكنها تتنوع باعتبار متعلقها، فإن تعلقت بطلب الكف عن الفعل كانت نهياً.
وأما غير أهل السنة، فقالوا: بعدم الجواز لإنكارهم صفة الكلام كالمعتزلة. أو لإنكارهم قدمها كالكرامية المعتمد ١/ ١٧٧-١٧٨. والمستصفى ١/ ٨٥-٨٦. والمحصول ١/ ق٢/ ٤٢٩-٤٣٦، والآمدي ١/ ٢١٩-٢٢٠.

(٤) قواعد الأحكام ٢/ ٩٨-١٠٠.

(٥) كالرهن والنكاح وضمان الديون وغيرها، وسيأتي المصنف على ذكر بعض منها.

ومنها: الضمان فإنه إلتزام المعدوم، ثم ذكر[1] فيه احتمالين:

أحدهما: قال ـ وهو المختار ـ أن الذي يثبت في ذمة الضامن ليس نظير الدين، حتى لو كان المضمون مائتين مثلاً يصير المال للمضمون له أربعمائة، ويزكي الجميع، بل يستحق بالضمان مطالبة الضامن بنظير ما على الأصل وإبراؤه منه.

قال: ويحتمل أن تثبت المائتان في ذمته ولا يثبت لها جميع أحكام الديون.

ومنها: الديون، فإنها تقدر موجودة في الذمم من غير تحقق لها، ولا بمحلها ويدل على تقديرها وجوب الزكاة فيها، ولو لم يقدر وجودها لما وجبت الزكاة في معدوم.

قال: ولا يقال: إنما وجبت الزكاة فيها، لأنها تفضي إلى الوجود بقبضها، فإن الدين إذا كان على مليء وفي مقر حاضر يدفعه متى طلب به، ومضت عليه أحوال على هذه[2] الصفة، ثم تعذر أخذه بعد ذلك بموت المدين معسراً، فإن مالكه يطالب بزكاة ما مضى وإن لم يفض أمره إلى التحقيق والوجود[3].

ومقابل هذه القاعدة ـ في إعطاء المعدوم حكم الموجود ـ تقدير الموجود في حكم المعدوم[4]، فيما إذا وجد المسافر الماء وهو محتاج إليه لعطشه، أو عطش رفيقه، أو حيوان محترم، أو وجد ثمنه وهو محتاج إليه لنفقة ذهابه وإيابه، أو لقضاء دينه، أو كان زائداً على ثمن مثله، فإنه يقدر كالمعدوم ويجوز له التيمم.

وكذلك وجود المكفر الرقبة وهو محتاج إليها أو ثمنها وهو كذلك، فإنها تقدر معدومة وينتقل إلى بدلها، وكذلك وجود أهبة الحج وهو محتاج إليه كما تقدم، فإنها تقدر معدومة ولا يكون مستطيعاً.

ويتصل هذا بذكر قاعدة: التقدير على خلاف التحقيق في مسائل لا بد في تقديرها كذلك، وأصلها: المسألة المتقدمة في دية الخطأ أنها تورث عن القتيل، ولا تستحق إلا بعد موته، وحينئذ لا يصلح لدخول شيء في ملكه، وإذا لم يدخل في ملكه لا ينتقل عنه إلى ورثته، فلما ثبت في السنة أنها تورث عنه[5] قدر انتقالها إلى ملكه قبيل موته ليصح ذلك.

---

(١) أي العز بن عبد السلام.

(٢) في جميع النسخ (بهذه)، والصحيح ما أثبتناه، وهو نص عبارة العز.

(٣) قواعد الأحكام ٢/ ٩٧.

(٤) قواعد الأحكام ٢/ ١٠٠.

(٥) فقد ثبت عن رسول الله ﷺ أنه ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها، وقد تقدم تخريج الحديث.

ومنها: إذا أتلف المبيع قبل قبضه فإن البيع ينفسخ بالتلف، وينقلب الملك في العوضين إلى بدليهما، ولا يتصور انقلاب الملك بعد تلف المبيع، لأنه خرج عن أن يكون مملوكاً، فيقدر انقلابه إلى ملك البائع قبيل تلفه، ويجب مؤنة تجهيزه ودفنه عليه.

ومنها: إذا قال لغيره: أعتق عبدك عني على ألف، فأعتقه، فإنه يملكه ملكاً تقديرياً قبيل عتقه، ثم يعتق بعد ذلك.

وقول من قال[1]: يقع الملك والعتق جميعاً، ضعيف، لما فيه من الجمع بين النفي والإثبات في حالة واحدة.

ومنها: إذا قلنا بأن الملك للمشتري في مدة الخيار فأعتقه البائع، فإنه يملكه بالإعتاق ملكاً متقدماً على الإعتاق حتى يقع ذلك في ملكه، وكذلك لو أجاز البائع فاعتقه المشتري وقلنا ببقاء ملك البائع، كان إعتاقه كإعتاق البائع فيما ذكرنا.

ومنها: إذا نوى صوم التطوع في أثناء النهار قبل الزوال، فالأصح: أن نيته تنعطف على ما مضى من النهار، ويعد صائماً من أوله[2]، وقدر كأنه نوى من ذلك الوقت، لأن الصوم في حكم خصلة واحدة لا يتبعض، بخلاف ما إذا نوى عند غسل الوجه، فإن الأصح أنه لا يثاب على ما مضى من سنن الوضوء، لأنه لا ارتباط لصحة الوضوء بالمضمضة ونحوها، بخلاف الصوم، فإنه يشترط الخلو عن مفسدات الصوم قبل النية على الصحيح الذي لا يتجه غيره[3].

ومنها: إذا أصبح صائماً تطوعاً ثم نذر إتمامه، فالصحيح: أنه ينعقد نذره ويلزمه إتمام ذلك اليوم.

واختيار الإمام[4] كذلك أيضاً، فيما إذا أصبح ممسكاً غير ناو، ثم نذر صوم ذلك اليوم.

وقال صاحب البيان: المشهور فيها عدم الانعقاد[5].

---

(١) قواعد الأحكام ٢/ ٩٦.

(٢) فتح العزيز ٦/ ٣١٥، والمجموع ٦/ ٢٩٣.

(٣) الروضة ٣/ ٣١٢، والمجموع ٨/ ٤٨٧.

(٤) المجموع ٨/ ٤٨٧.

(٥) وبه قال ابن الحداد. الروضة ٣/ ٣١٤، والمجموع ٨/ ٤٨٥.

ومنها: إذا نذر صوم اليوم الذي يقدم فيه فلان، فقدم في أثناء النهار، فإن كان مفطراً لزمه القضاء، واختلفوا: هل لزومه بالقدوم، الصوم من أول اليوم، أم من وقت القدوم؟ والأصح من أول اليوم[1] وينبني على ذلك ما سيأتي.

وإن كان الناذر صائماً ذلك اليوم عن قضاء أو نذر فيتم ذلك ويقضي يوماً مكانه، ونص الشافعي والأصحاب رحمهم الله[2] على أنه يستحب أن يعيد يوماً مكان الذي كان صامه، لأنه تبين أنه كان مستحق الصوم فيه غير ما صامه[3].

وإن كان صائماً تطوعاً، أو غير صائم لكنه ممسك وقدم فلان قبل الزوال، فينبني على أنه يجب الصوم من أول النهار أو من وقت القدوم؟ فإن قلنا بالأول: لزمه صوم يوم آخر، وإن قلنا بالثاني: فوجهان.

أصحهما: يجب صوم يوم آخر.

والثاني: يلزمه إتمام ما هو فيه، فيكون أوله تطوعاً وآخره فرضاً.

وجزم البغوي فيما إذا كان ممسكاً: أنه ينوي ويتم الصوم إن كان قبل الزوال ويجزئه عن نذره[4].

ومنها: إذا نذر اعتكاف اليوم الذي يقدم فيه فلان، فقدم نصف النهار مثلاً، فعلى الأصح: أنه يلزمه الصوم[5]، ويلزمه اعتكاف باقي ذلك اليوم، ويقضي ما فات منه.

وعلى الوجه الآخر: لا يلزمه قضاء ما فات.

ومنها: إذا قال لعبده أنت حر في اليوم الذي يقدم فيه فلان، فباعه ضحوة، ثم قدم ذلك في بقية اليوم، فعلى الأصح: يتبين بطلان البيع وحرية العبد، ويقدر في جميع ذلك قدومه من أول النهار.

وعلى الوجه الآخر: البيع صحيح إن كان قدوم فلان بعد لزوم البيع، وإلا فمتى كان للبائع الخيار بطل البيع وعتق اتفاقاً، لعدم انقطاع سلطنة البائع.

---

(١) نص الشافعي رحمه الله والأصحاب.

(٢) الأم ٢/ ٢٣٣، والروضة ٣/ ٣١٥، والمجموع ٨/ ٤٨٥.

(٣) الروضة ٣/ ٣١٦، والمجموع ٨/ ٤٨٩.

(٤) هل الصوم شرط في الاعتكاف؟ الصحيح أنه على سبيل الندب، وليس شرطاً. فتح العزيز ٦/ ٤٨٥، والمجموع ٦/ ٤٨٧.

(٥) انظر هذه المسألة واللتين قبلها في الروضة ٣/ ٣١٤-٣١٥، والمجموع ٨/ ٤٨٥.

ولو مات السيدة ضحوة، ثم قدم فلان في أثناء النهار، فعلى الأصح: تبين عتقه قبيل موته ولا يورث عنه.

وكذلك لو كان أعتقه عن كفارة لم يجزئه على الأصح كذلك، ويجزئه على الآخر.

ومنها: لو قال لزوجته: أنت طالق اليوم الذي يقدم فيه فلان، فمات أحدهما ضحوة، ثم قدم ذلك في أثناء النهار، فعلى الأصح: لا توارث بينهما إن كان الطلاق بائناً وكذلك لو كان خالعها غدوة ثم قدم فلان، فعلى الأصح: يتبين بطلان الخلع إن كان الطلاق المعلق بائناً[1].

ومنها: بيع العبد المرتد صحيح على المذهب، فإذا باعه وقتل في الردة بعد القبض ولم يعلم المشتري بذلك فوجهان:

أصحهما: أنه يكون من ضمان البائع، لأن التلف حصل بسبب كان في يده، فيقدر انقلابه قبيل القتل إلى ملك البائع، ويرجع عليه المشتري بجميع الثمن.

والثاني: أنه من ضمان المشتري، ويرجع على البائع بالأرش، وينبني عليها مؤنة التجهيز والدفن وغيرهما.

وكذلك لو كان العبد وجب القطع عليه قصاصاً أو سرقة في يد البائع، فقطع بعد القبض، فعلى الأصح: يكون القطع من ضمان البائع، ويرده المشتري، ويرجع بالثمن كله.

وعلى القول بأنه من ضمان المشتري: يرجع بالتفاوت بين العبد السليم والأقطع.

ومنها: إذا استولد الأب جارية الابن وقلنا بالأظهر: إنها تصير أم ولد، وتجب على الأب قيمتها مع المهر، فمتى ينتقل الملك في الجارية إلى الأب؟ فيه أربعة أوجه.

أحدها ـ وبه قطع البغوي ـ: ينتقل قبيل العلوق ليسقط ماؤه في ملك له، صيانة له عن الزنى[2].

ومنها: لو دَهْوَرَ حجراً ثم مات، فأصاب الحجر بعد موته شيئاً فأتلفه، يلزمه ضمانه في تركته، ويقدر إفساده قبل موته.

---

(١) الروضة ٧/ ٢٠٩، والوجوه الأخرى هي: الثاني: ينتقل الملك مع العلوق، وهو اختيار الإمام، والثالث: عند الولادة، والرابع: عند أداء القيمة بعد الولادة.

(٢) في هذه الحالة تعتد المرأة عدتين متداخلتين إذا كان الزوج قد وطئها في هذه المدة، عدة الطلاق، وعدة وطء الشبهة. الروضة ٨/ ١٢١ و ٣٨٤.

وكذلك لو حفر بئراً في محل عدواناً، فوقع فيها بعد موته إنسان، وجب ضمانه في تركته، حتى لو كانت قسمت ولم يؤد الورثة ذلك فسخت القسمة.

وصورة المسألة: إذا لم تكن عاقلة ولا بيت مال وقلنا بوجوب الدية في مال المخطئ، أو كان المتردي عبداً ووجبت قيمته في ماله.

وكل هذه المسائل كانت المقدرات فيها على خلاف المحققات وأعطي كل منها حكمه.

ومنها: إذا قال: أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر، وقدم ذلك بعد مضي شهر فأكثر من وقت التعليق، فإنا نتبين وقوع الطلاق قبل قدومه بشهر، وتحسب العدة من ذلك الوقت[1]، حتى لو ماتت وبينها وبين القدوم أقل من شهر، لم يرث الزوج منها إن كان الطلاق بائناً.

وكذلك لو خالعها والحال ما وصفنا، يتبين بطلان الخلع ويرد المال المبذول فيه إليها[2]، وقد كان قبل قدوم زيد مباح للزوج وطؤها وهي في حكم الزوجات، ثم يتبين ارتفاع ذلك عند القدوم.

ويرجع هذا أيضاً إلى قاعدة أخرى مأخوذة من هذه وهي: أنَّ رفع العقود المفسوخة من أصلها أو من حين الفسخ؟[3] وفيه مسائل:

إحداها: فسخ البيع بخيار المجلس أو خيار الشرط، هل هو رفع العقد من أصله أو من حينه؟ فيه وجهان حكاهما صاحب التتمة وغيره[4].

وصحح النووي في شرح المهذب[5] أنه من حينه، وهو مقتضى كلام الرافعي في تفريع المسألة[6]، فإن مما ينبني على ذلك، الملك في زوائد المبيع، كالكسب واللبن والبيض والثمرة ومهر الجارية إذا وطئت بشبهة ونحو ذلك، فإن تم البيع كان للمشتري إن قلنا الملك له، أو هو موقوف، وإن قلنا إنه للبائع، فوجهان:

---

(١) الروضة ٨/ ١٢١.

(٢) ذكرها السيوطي في الأشباه والنظائر ص ٤٧٨، وأورد تحتها أغلب المسائل التي ذكرها شيخنا العلائي.

(٣) المجموع ٩/ ٢١٤.

(٤) المصدر السابق.

(٥) فتح العزيز ٨/ ٣١٧، والروضة ٣/ ٤٤٩.

(٦) المجموع ٩/ ٢١٤.

أصحهما: أنه للبائع.

وعن أبي علي الطبري: أنه للمشتري[1].

وإن فسخ البيع: كان ذلك للبائع إن قلنا الملك له أو موقوف، وإن قلنا: هو للمشتري فوجهان:

أصحهما: أنه له.

وعن أبي إسحاق المروزي: أنه للبائع نظراً إلى المآل، وبناهما في التتمة على الخلاف في رفع العقد[2].

ويبنى على ذلك أيضاً، ما إذا شهد المشتري للبائع بالملك بعد الفسخ بالخيار، فإن قلنا: إنه رفع للعقد من أصله قبل، وإن قلنا: من حينه لم يقبل، لأنه يجر بذلك الزوائد إلى نفسه[3]، حكاه الرافعي في كتاب الشهادات عن أبي سعد الهروي[4].

وكذلك إذا باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار، ثم باع الثاني نصيبه في زمن الخيار بيع ثبات، فالشفعة في البيع ثانياً موقوفة، إن قلنا: الملك في زمن الخيار موقوف، وهي[5] للمشتري إن قلنا: الملك له.

وعلى هذا قال المتولي: إن فسخ البيع قبل العلم بالشفعة، بطلت شفعته، إن قلنا: الفسخ بخيار الشرط يرفع العقد من أصله، وإن قلنا: من حينه، فهو كما لو باع ملكه قبل العلم بالشفعة، فإن أخذه بالشفعة ثم فسخ البيع، فالحكم في الشفعة كما في الزوائد الحادثة في زمن الخيار[6].

الثانية: فسخ المبيع بالعيب أو التصرية ونحوها فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: أنه من حينه.

والثاني: من أصله ـ واختاره الغزالي في كتاب الصداق ـ.

---

(1) فتح العزيز ٨/ ٣١٧، والمجموع ٩/ ٢١٤.

(2) وبذلك تحصل التهمة لأن من شروط الشهادة المقبولة انفكاك التهمة.

(3) الروضة ١١/ ٢٣٥.

(4) في جميع النسخ: فهي، والصحيح ما أثبتناه.

(5) فتح العزيز ١١/ ٤١٣، والروضة ٥/ ٧٥.

(6) فتح العزيز ٨/ ٣٧٥، والروضة ٣/ ٤٨٩.

والثالث: إن كان قبل القبض، فمن أصله، وإلا فمن حينه[1].

والوجه الثاني، ضعيف جداً، مصادم لقوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[2] لما اختصم إليه في عبد اشتراه واستعمله ثم وجد به عيباً فرده، فحكم النبي صلى الله عليه وسلم أن الغلة للمشتري، وهكذا حكم الزوائد المنفصلة كلها.

وعلى الوجه الثالث، يفرق فيه بين ما حدث قبل القبض فيسلم للبائع، وما حدث بعده.

قال الرافعي: وموضع هذا الوجه ما إذا وقع الرد قبل قبض المبيع فأما إذا قبض المشتري المبيع ثم رده بالعيب فإن الزوائد تسلم له، قولاً واحداً[3].

الثالثة: إذا تلف المبيع قبل القبض، فهل يرتفع العقد من أصله، أو ينفسخ من حين التلف؟ فيه وجهان: وأصحهما الثاني.

وينبني عليهما أيضاً حكم الزوائد المنفصلة، والأصح: أنها تسلم للمشتري.

وعليه أيضاً: ما إذا وطئ المشتري الجارية قبل القبض، فإنه لا يجعل بذلك قابضاً، ولا مهر عليه إن سلمت وقبضها، وإن تلفت قبل القبض، فهل عليه المهر للبائع، فيه وجهان ينبنيان على هذا الأصل، فلو كانت بكراً فافتضها المشتري والحالة هذه ثم تلفت قبل القبض فعليه بقدر نقصان الافتضاض من الثمن، وهل عليه مهر مثل ثيب إن افتضها بآلة الافتضاض؟ ينبني على هذا الخلاف أيضاً[4].

الرابعة: إذا فسخ العقد بالتحالف عند الاختلاف فيه وجهان:

أصحهما: أنه من حينه.

والثاني - ويحكى عن أبي بكر الفارسي -: أنه من أصله[5]، ورتب عليه صور:

منها: إذا كان المبيع تالفاً فعليه قيمته، وأما المعتبر في قدرها؟ فيه أربعة أوجه[6]:

---

(١) سبب ورود الحديث أن رجلاً ابتاع عبداً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ، فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله قد استعمل غلامي، فقال: «الخراج بالضمان».
سنن ابن ماجه ٢/ ٧٥٤، وأبي داود ٣/ ٢٨٣، والنسائي ٧/ ٢٥٥.

(٢) فتح العزيز ٨/ ٣٨٠.

(٣) فتح العزيز ٨/ ٣٧٧، والروضة ٣/ ٤٩١.

(٤) فتح العزيز ٩/ ١٨٧، والروضة ٣/ ٢٨١.

(٥) (أوجه) سقطت من ج، وانظر: فتح العزيز ٩/ ١٩٢، والروضة ٣/ ٥٨٢.

(٦) لأن مورد الفسخ العين لو بقيت والقيمة خلف لها، فإذا فات الأصل فحينئذ ينظر إليها.

أصحها: قيمته يوم التلف[1].

والثاني: يوم القبض[2].

والثالث: أقل القيمتين[3].

والرابع: أقصى قيمة من يوم القبض إلى يوم التلف[4].

قال الشيخ أبو علي[5]: إن قلنا يرتفع العقد من أصله، فالواجب أقصى القيم، وإن قلنا من حينه فقيمة يوم التلف[6].

ومنها: لو كان المشتري قد وهب المبيع أو وقفه أو أعتق أو باع وأقبض، فالمذهب أيضاً إمضاء ذلك وعليه القيمة.

وعلى قول أبي بكر الفارس: يتبين فساد ذلك وترد العين[7].

ومنها: لو كانت جارية وزوجها المشتري، فعلى الأصح: عليه ما بين قيمتها مزوجة وخلية، والنكاح بحاله، وقال الفارسي: يبطل النكاح[8].

الخامسة: إذا كان رأس مال السلم في الذمة، ثم عين في المجلس، ثم انفسخ السلم بسبب يقتضيه، ورأس المال باق، فهل له الرجوع إلى عينه أو إلى بدله؟ فيه وجهان[9].

أصحهما: الأول، قال الغزالي[10]: هذا الخلاف يلتفت على أن المسلم فيه إذا رد

---

(١) لأنه وقت دخول المبيع في ضمانه، ثم ما يعرض من زيادة أو نقصان فهو في ملكه.

(٢) لأنها كانت يوم العقد أقل، فالزيادة حدثت في ملك المشتري، وإن كانت يوم القبض أقل فهو يوم دخوله ضمانه.

(٣) لأن يده يد ضمان فتعتبر أعلى القيم.

(٤) هذه الكنية تطلق على أكثر من واحد من علماء الشافعية، فهناك القاضي حسين أبو علي، والفارقي أبو علي، والطبري أبو علي، والمراد هنا والله أعلم هو أبو علي الطبري، لأنه هو الذي نقل عنه الرافعي كثيراً، وما ذكره العلائي ورد ذكره بالنص في فتح العزيز ٩/ ١٩٣-١٩٤.

(٥) عبارة (قال الشيخ أبو علي... يوم التلف) سقطت من ب، والمسألة مع تعليلاتها في فتح العزيز ٩/ ١٩٣-١٩٤.

(٦) فتح العزيز ٩/ ١٩٨، والروضة ٣/ ٥٨٣.

(٧) المصدرين السابقين.

(٨) حلية العلماء ٤/ ٣٨٧، وفتح العزيز ٩/ ٢١٦.

(٩) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٩٢.

(١٠) فتح العزيز ١٠/ ٢٥١.

بالعيب هل يكون نقضاً للملك في الحال أو هو مبين لعدم جريان الملك؟

ومقتضى هذا التفريع أن يكون الأصح هنا: أنه رفع للعقد من أصله.

وهذا يجري أيضاً في نجوم الكتابة، وبدل الخلع إذا وجد به عيباً فرده، لكن في الكتابة يرتد العتق بعدم القبض المعلق عليه، بخلاف الخلع على عين معينة إذا وجد بها عيباً، فإن الطلاق لا يرتد بل يرجع إلى بدل البُضع، وهو مهر المثل في أظهر القولين.

السادسة: إذا فسخ البائع بالفَلَسِ، لتعذر وصوله إلى الثمن من المشتري، فهو من حينه قطعاً، والزوائد المتصلة من كل وجه ـ كالسِّمن وتعلم الحرفة وكبر الشجرة ـ لا عبرة بها، وتسلم له ولا يلزمه بسببها شيء، والمنفصلة تسلم للمشتري قطعاً[١].

وهذه قاعدة مطردة في الزوائد المتصلة أنها تتبع الأصل إلا في موضع واحد: وهو ما إذا طلق قبل الدخول وقد زاد الصداق في يد الزوجة زيادة متصلة، فإنه لا يتمكن الزوج من الرجوع في نصفه إلا برضاها.

وقد فرقوا بين هذا والفلس بفروق[٢].

أحدها: أن الفسخ إما رفع للعقد من أصله أو من حينه، فإن كان الأول: فكأنه لا عقد، والزيادة على ملك الأول، وإن كان الثاني: فالفسوخ محمولة على العقود مشبهة بها، والزيادة تتبع الأصل في العقود فكذلك في الفسوخ.

ورجوع الزوج في الشطر بالطلاق ليس على سبيل الفسوخ، ولذلك لو سلم العبد الصداق من كسبه، ثم عتق وطلق قبل الدخول، يكون الشطر له لا للسيد[٣]، ولو كان على سبيله ـ سبيل الفسوخ ـ لعاد إلى الذي خرج عن ملكه، وكأنه ابتداء عطية يثبت للزوج فيما فرض صداقاً لها، وليست هذه الزيادة فيما فرض، فلا يعود إليه شيء منها.

وثانيها: قال ابن سريج وأبو إسحاق المروزي: إنه لو لم يرجع البائع لضارب مع الغرماء فيتضرر، وهو في الصداق لا ضرر على الزوج إذا أخذ نصف قيمة المهر.

وعلى هذا لو كانت الزوجة مفلسة رجع في نصف الصداق زائداً. والجمهور منعوا ذلك وقالوا: لا يرجع أيضاً في حالة الحجر عليها إلا برضاها ورضا الغرماء[٤].

---

(١) الروضة ٧/ ٢٩٣.

(٢) الروضة ٧/ ٢٩٣.

(٣) الروضة ٧/ ٢٩٣-٢٩٤.

(٤) الحاوي ١٢/ ٤٥.

وثالثها: قال الماوردي[1]: إنه لو عاد في النصف زائداً لكان متهما أن يطلقها لأجل الزيادة بخلاف البائع.

ورابعها: قال الإمام: إن الفسخ بالعيب أو الفلس يستند إلى سبب من أصل العقد، بخلاف الطلاق فإنه تصرف في النكاح وقاطع لحكمه.

وبيان هذا: أن العقد يقتضي السلامة من العيب عرفاً، وأن لا يسلم أحد العوضين حتى يسلم الآخر، فاستند الفسخ إلى أصل العقد بخلاف الطلاق.

السابعة: رجوع الوالد فيما وهب لولده، رفع لعقد الهبة من حينه، كما في الفلس وفروعه ظاهرة.

الثامنة: إذا قلنا يصح قبول العبد الهبة بغير إذن السيد، وإن للسيد الرد، فهل يكون الرد قاطعاً للملك من حينه أو من أصله؟ فيه وجهان ذكرهما صاحب التلخيص، ويظهر أثر ذلك في وجوب الفطرة عند هلال شوال، ووجوب استبراء الجارية الموهوبة.

التاسعة: إذا كانت الشجرة تحمل حملين في السنة، فرهن الثمرة الأولى بشرط القطع، فلم يقطع حتى حدثت الثمرة الثانية، واختلطت وعسر التمييز، فإن كان ذلك قبل القبض انفسخ الرهن، وإن كان بعده ففيه قولان كما في نظيره من اختلاط الثمرة المبيعة قبل القبض[2].

فإن قلنا يبطل الرهن ففيه وجهان حكاهما الماوردي[3].

أحدهما: أنه من حين الاختلاط، كتلف الرهن، فيكون رفعاً للعقد من حينه.

والثاني: أنه يبطل من أصله، ويكون حدوث الاختلاط دالاً على الجهالة في العقد.

وينبني على هذا: أنه إذا كان الرهن مشروطاً في بيع كان للبائع الخيار في فسخ البيع على القول الثاني دون الأول.

العاشرة: الفسخ في النكاح بأحد العيوب، كالفسخ في البيع فيما يتعلق بالصداق المعين، والأصح أنه من حينه أيضاً.

كذلك الإقالة إذا قلنا بالصحيح إنها فسخ، فيها الخلاف، حكاه صاحب البيان وغيره،

---

(١) فتح العزيز ١٠/ ٢٠، والروضة ٤/ ٤٩.

(٢) الحاوي ٧/ ٣٥٥.

(٣) الروضة ٣/ ٥٠٩.

وحكاه الرافعي أيضاً في باب حكم البيع قبل القبض(١)، والصحيح أنه من حينه.

وكذلك إذا وهب المريض مالاً للوارث، أو لأجنبي لم يسعه الثلث، فللوارث نقضه بعد الموت وهل هو رفع من أصله أو من حينه؟ فيه وجهان، والله أعلم.

قاعدة

يصح تكليف العبد بما علم الله سبحانه أنه لا يوجد له شرط وقوع الفعل في وقته عند جمهور أصحابنا، وخالف فيه إمام الحرمين والمعتزلة(٢)، هكذا صور المسألة الآمدي(٣) وابن الحاجب(٤).

وأكثر الأصوليين يعبرون عنها: بأن المكلف بالفعل أو الترك هل يعلم كونه مكلفاً قبل التمكين من الامتثال أم لا؟

قال القاضي أبو بكر والغزالي والجمهور: إنه يعلم ذلك(٥).

وقالت المعتزلة: لا يعلم ذلك إلا بعد التمكن، وساعدهم الإمام(٦).

قال الآمدي في آخر المسألة بعد تقريرها: إذا عرف ما حققناه فمن أفسد صوم يوم من رمضان بالوِقاع، ثم مات في أثنائه أو جن وجبت عليه الكفارة على أحد قولين، وعلى القول الآخر: لا، لأنها إنما تجب بإفساد صوم واجب لا يتعرض لانقطاع في اليوم، لا لعدم قيام الأمر بالصوم ووجوبه، وكذلك يجب على الحائض الشروع في صوم يوم علم الله تعالى أنها تحيض فيه، وأنه لو قال: إن شرعت في صوم واجب أو صلاة واجبة فزوجتي طالق، فشرع ثم مات في أثناء ذلك، لزمه الطلاق، ولا كذلك عند المعتزلة، وعلى هذا كل ما يرد من هذا القبيل(٧).

قلت: مسألة إفساد الصوم بالجماع إذا طرأ بعده في ذلك اليوم موت أو جنون، فيها قولان لأصحابنا، وأصحهما عندهم: أن الكفارة تسقط عنه لأنه بموته يتبين أنه غير صالح للصوم.

---

(١) البرهان ١/ ٢٨٢.

(٢) الإحكام ١/ ٢٢٢.

(٣) منتهى الوصول ٢/ ١٦.

(٤) المستصفى ١/ ٩١، والمحصول ١/ ق٢/ ٤٦٣.

(٥) البرهان ١/ ٢٨٢.

(٦) الإحكام للآمدي ١/ ٢٢٥.

(٧) (إذا جنى العبد المرهون. . . إلخ).

وكذلك لو طرأ الحيض على المرأة على القول بأن الكفارة تجب عليها، وتصحيحهم سقوط الكفارة جار على قول الإمام، ولم يف الجمهور بمقتضى قاعدتهم الأصولية.

ولكن هذه المسائل ترجع إلى قاعدة أخرى وهي قريبة المأخذ من هذه القاعدة الأصولية، وهي:

أن المشرف على الزوال هل له حكم الزائل أم لا؟

وقد قال الإمام الغزالي رحمه الله في أثناء مسألة ستأتي[١] فيه قولان مفهومان من كلام الشافعي رضي الله عنه.

وقال الإمام: المكاتب عند الإطلاق، هل يجري عليه حكم المملوك أم لا؟ فيه وجهان مذكوران فيما إذا قال: عبيدي أحرار هل يعتق المكاتب أم لا؟ وفيما إذا قال: زوجاتي طوالق، هل تطلق مطلقته الرجعية أم لا؟[٢] وكأن مادة ذلك أن المشرف على الزوال هل يجعل كالزائل أم لا؟ فيه أيضا خلاف.

قلت: وقد أجري هذا الخلاف في المكاتب في صور أخرى.

منها: إذا حلف أن لا عبد له ولا أمة، وله مكاتب، ففيها طريقان[٣].

المذهب المشهور: القطع بعدم الحنث، وهي طريقة ابن أبي هريرة.

والثانية: طريقة أبي إسحاق المروزي، أن المسألة على قولين من رواية الربيع.

والأصح: عدم الحنث أيضاً.

---

(١) هل الطلاق الرجعي يقطع النكاح ويزيل الملك أم لا؟ للعلماء فيه ثلاثة آراء:
الأول: نعم، بدليل تحريم الوطء ووجوب المهر ومنع الخلع على قول.
الثاني: لا، بدليل وقوع الطلاق وعدم الحد وصحة الإيلاء والظهار وثبوت الإرث.
والثالث: أنه موقوف، فإن لم يراجعها حتى انقضت العدة تبينا زوال الملك بالطلاق، وإن راجع تبينا أنه لم يزل.
ورجح الغزالي الأول، والإمام الثاني، ولم يرجح الرافعي والنووي لاختلاف الترجيح بحسب المسائل. الروضة ٨/ ٢٢٢-٢٢٣.

(٢) الروضة ١١/ ٥٢، وقد فصل الماوردي في الحاوي ١٩/ ٥٢٩ فقال: ولو كان عبداً مدبراً أو مكاتباً حنث بهما لبقائهما على ملكه، ولو كانت له أم ولد ففي حنثه بها وجهان: أحدهما: يحنث لأنه كالمكاتب، والثاني: لا يحنث بها لأنه لا يصح أن يعارض عنها.

(٣) حلية العلماء ٨/ ٢٣، والروضة ١٠/ ١٠٣.

ومنها: المكاتب إذا زنى، هل هو كالحر حتى لا يقيم الحد عليه إلا الإمام، أو كالعبد حتى يجوز للسيد ذلك؟ فيه وجهان: أصحهما: الأول(١).

ومنها: التقاطه، وفيه قولان، أصحهما: أنه يجوز كالحر، وقيل: يجوز قطعاً، وقيل: لا يجوز قطعاً، لأن السيد ينتزع من العبد، ولا ولاية للسيد على مال المكاتب مع ما فيه من النقص(٢).

ومنها: جواز نظره إلى سيدته، قال ابن الرفعة: ينبغي أن يخرج على الخلاف، واعترض الشيخ صدر الدين عليه، بأن المسألة معروفة في كتب الشافعي رضي الله عنه، نص فيها على الجواز، قال: ونقل الشيخ أبو عمرو بن الصلاح عن القاضي حسين أنه قطع بالمنع(٣)، وهذا لم أجده في التعليقة بل وجدت خلافه فإنه قال: حديث نبهان(٤) مولى أم سلمة رضي الله عنهما يقتضي أنا لا نأمر السيدة بالاحتجاب منه(٥)، والذي قاله ابن الرفعة أنه رتب ذلك على القِن، فإن قلنا: إنَّ القن كالحر في النظر، فالمكاتب أولى، وإلا فوجهان: ينظر في أحدهما إلى قوله تعالى: ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾(٦) وفي الآخر إلى فقد المعنى الذي هو موجود في القن، وهو الحاجة في التكشف عليه لتردده في حوائجها، فإن هذا المعنى مفقود في المكاتب لملكه منافعه، قال: ومثل هذا في التخريج كثير.

ومن مسائل قاعدة المشرف على الزوال: إذا جنى العبد المرهون فقال المرتهن: أنا أفديه ليكون مرهوناً عندي بالفداء وأصل الدين(٧).

---

(١) الروضة ٥/ ٣٩٧.

(٢) الروضة ٧/ ٢٣.

(٣) عن نبهان مكاتب أم سلمة قال: سمعت أم سلمة تقول: قال لنا رسول الله ﷺ: «إذا كان لإحداكن مكاتب فكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه». مسند الحميدي ص ٢٨٩، وسنن أبي داود ٤/ ٢٠، وتلخيص الحبير ٣/ ١٤٨، وكنز العمال رقم ٢٩٦٦٤.

(٤) قوله: (أنا لا نأمر السيدة بالاحتجاب منه) فيه إشكال لأن لفظ الحديث يقتضي خلاف ذلك.

(٥) [النساء: ٣]، ولعل مقصود العلائي قوله تعالى: ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ ﴾ [النور: ٣١]، فإنها أدل على المعنى المراد ولا أرى هناك تعلقاً بين الآية التي ذكرت وبين ما استدل بها عليه.

(٦) فتح العزيز ١٠/ ٣٧، والروضة ٤/ ٥٦.

(٧) فتح العزيز ١٠/ ٣٧، والروضة ٤/ ٥٦، قال المزني في المختصر: أن الشافعي لم يجزه في الجديد ثم قال: قلت أنا: وأجازه في القديم، وهو أقيس لأنه أجاز في الحق الواحد بالرهن الواحد أن يزيده في الحق رهناً.
مختصر المزني بهامش الأم ٢/ ٢١٢.

قال الغزالي في الوسيط: إن جوزنا الزيادة في الدين فلا كلام، وإن منعنا فقولان مفهومان من كلام الشافعي: في أن المشرف على الزوال هل هو كالزائل أم لا؟

فإن قلنا: كالزائل، فهو جائز، وكأنه ابتداء رهن بالدينين جميعاً.

وحكى الرافعي: أن الشافعي رضي الله عنه نص في المختصر على جواز ذلك[1]، قال: وللأصحاب طريقان:

أظهرهما: القطع بالجواز لأنه من مصالح الرهن.

والثاني: أنها على قولين، وأشار إلى تخريجها على هذه القاعدة ثم قال: وعلى هذا الأصل خرجوا الخلاف فيما إذا كان على الشجرة ثمرة غير مؤبَّرة فباعها واستثنى الثمار لنفسه، هل تحتاج إلى شرط القطع، وفيه خلاف سبق[2]، وقد صحح الرافعي في المسألة في موضعها أنه لا يجب اشتراط القطع فيها، لأنه في الحقيقة استدامة ملك[3].

وذكر الإمام في النهاية القولين، وأنهما يتخرجان على هذا الأصل، ثم قال: ومن نظائر ذلك: أن الرجل إذا دبرَّ عبده، فجنى في حياته جناية تستغرق قيمته، ومات السيد ولم يخلف غيره ففداه الورثة، فمعلوم أنهم لو سلموه، لبيع وبطل العتق فيه، فإذا فدوه وحكمنا بنفوذ العتق فالولاء لمن؟ فعلى القولين، فإن جعلنا المشرف على الزوال كالزائد العائد فالولاء للورثة وإن لم نجعل الأمر كذلك فالولاء للمولى المتوفى[4].

قال: وهذه المسألة تنبني على أن تنفيذ الوصية إجازة وليس ابتداء عطية، فإنا لو جعلنا التنفيذ ابتداء ينزع من الورثة، لم يختلف قولنا في أنهم المعتقون، ثم كنا نقول لا بد من إنشاء العتق فيه، وإن جعلنا التنفيذ إجازة، فالقول في الولاء مضطرب عندي، فإنهم إن لم يحتاجوا إلى إنشاء العتق[5]، فأي معنى لصرف الولاء إليهم، فالعتق نفذ على حكم التدبير الماضي، ولكن الأئمة نقلوا قولاً آخر: إنَّ الولاء للورثة، لقوة سببهم، ونزلوا ذلك منزلة الإعتاق ولا مزيد[6]، انتهى كلام الإمام رحمه الله.

ومنها: إذا اختلف المتبايعان وترافعا إلى مجلس الحكم ولم يتحالفا، فهل للمشتري وطء الجارية المبيعة؟

---

(١) فتح العزيز ١٠/٣٧.

(٢) فتح العزيز ٩/٦٦، والمجموع ١١/٤٣٧.

(٣) المجموع ١١/٣٤٨-٣٤٩.

(٤) عبارة (وإن جعلنا التنفيذ. . . . إنشاء العتق) سقطت من ب.

(٥) المجموع ١١/٣٤٩.

(٦) فتح العزيز ٩/٢٠٤.

قال الرافعي: فيه وجهان:

أصحهما: نعم، لبقاء ملكه، وبعد التحالف، وقبل الفسخ وجهان مرتبان وأولى بالتحريم، لأنه مشرف على الزوال[1].

ومنها: إذا بل الحنطة المغصوبة، وتمكن منها العفن الساري، وفيه طريقان:

أحدهما إثبات قولين:

أصحهما: وبه قطع أصحاب الطريقة الأخرى أنه يجعل كالهالك، ويغرم بدله، لأنه مشرف على التلف، ولو ترك بحاله لفسد فكأنه هالك[2]، وطردوا ذلك فيما لو جعل من الحنطة هريسة، أو غصب ثمراً أو سمناً ودقيقاً، واتخذ منه عصيدة.

والقول الآخر: إنه يرده مع أرش النقصان.

وذكر البندنيجي قولاً آخر: إنه يتخير الغاصب بين أن يمسك ذلك ويغرمه، وبين أن يرده مع أَرْشِ النقصان[3].

وفيه قول رابع نقله الغزالي: إنَّ المالك يتخير بين ذلك[4].

ثم قال الرافعي آخر الفصل: ومن صور هذا ما إذا صب الماء في الزيت وتعذر تخليصه منه فأشرف على الفساد.

وعن الشيخ أبي محمد: تردد في مرض العبد المغصوب إذا كان سارياً عسر العلاج، كالسل والاستسقاء، ولم يرتضه الإمام، لأن المريض الميؤوس منه قد يبرأ، والعفن الساري في الحنطة يفضي إلى الفساد[5].

ومنها: بيع العبد الجاني جناية توجب القصاص ولا عفو، فيه طريقان[6]:

أصحهما: القطع بالصحة إذ قد يعفو المستحق عنه.

والثاني: إثبات قولين.

---

(١) فتح العزيز ١١/ ٢٩٦، والروضة ٥/ ٣٣.

(٢) فتح العزيز ١١/ ٢٩٦.

(٣) الروضة ٥/ ٢٥.

(٤) فتح العزيز ١١/ ٢٩٧، والروضة ٥/ ٣٤.

(٥) فتح العزيز ٨/ ١٣٠.

(٦) فتح العزيز ١٠/ ١٢، والروضة ٤/ ٤٤.

وقالوا في رهنه: إنه مبني على بيعه، إن لم يصح البيع فالرهن أولى، وإن صح فهنا قولان.

وقد قطعوا في العبد المرتد والمريض المشرف على الهلاك بصحة البيع فيهما، لم أر فيه خلافاً، وكان ذلك لتوقع الإسلام من المرتد، والشفاء في المريض، وكذلك ذكروا في رهن المرتد أنه جائز[1].

ومنها: إذا رهن ما يتسارع إليه الفساد، ولم يمكن تجفيفه، إن كان رطباً، بدين حال، صح، وإن كان بدين مؤجل، وعلم فساده قبل انقضاء الأجل، ولم يشترط بيعه، وجعل ثمنه رهناً فقولان:

الأصح عند العراقيين: أنه لا يصح، وعند غيرهم الصحة، وهو موافق للنص[2]، ومأخذ الأول إشرافه على المآل إلى الفساد.

وإن لم يعلم فساده قبل انقضاء الأجل، ولا عكسه وكانا محتملين، فقولان مرتبان وأولى بالصحة[3].

ومنها: لو كفن الميت في كفن مغصوب أو مسروق ودفن، فهل ينبش لردهِ، فيه ثلاثة أوجه:

صحح الرافعي والنووي النبش لأخذه[4].

والثاني: لا يجوز ذلك، بل يعطى صاحب الثوب قيمته، لأنه صار كالهالك، بخلاف الأرض المغصوبة، ولأن خلع الثوب أفحش في هتك حرمته من رد الأرض، قاله الداركي والقاضي أبو حامد، وبه قطع القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما، ونقله الشيخ أبو حامد عن الأصحاب مطلقاً، وكذلك المحاملي[5] واختاره

---

(١) جاء في مختصر المزني: (وإذا رهنه ما يفسد من يومه أو غده أو مدة قصيرة ولاينتفع به يابساً مثل البقل والبطيخ، فإن كان الحق حالاً فجائز ويباع، وإن كان إلى أجل يفسد إليه كرهته، ومنعني من فسخه أن للراهن بيعه قبل محل الحق على أن يعطي صاحب الحق حقه بلا شرط) مختصر المزني بهامش الأم ٢/ ٢١٤.

(٢) فتح العزيز ١٠/ ١١، والروضة ٤/ ٤٤.

(٣) فتح العزيز ٥/ ٢٥٠، والمجموع ٢/ ٢٩٩.

(٤) المجموع ٥/ ٣٠٠.

(٥) قوله (واختاراه لأنفسهما) فيه نظر، لأن الذي ذكره النووي أن الشيخ أبا حامد والمحاملي والدارمي اختاروا الرأي الثالث. فقال بعد أن ذكر الرأي الثالث: واختاره الشيخ أبو حامد =

لأنفسهما[١].

والثالث: وهو إن تغير الميت وكان في نبشه هتك لحرمته لم ينبش، وإلا نبش وصححه صاحب العدة[٢] والشيخ نصر المقدسي[٣]، وقد يعبر عن هذه القاعدة بعبارة أخرى وهي:

أن المتوقع كالواقع

ويقال ما قارب الشي هل يعطى حكمه؟ وكل منهما أعم من العبارة المتقدمة[٤]، وفيها أيضاً صور:

منها: إذا كانت المرهونة في سن تحبل، لم يجز للراهن وطؤها بحال، لأنها ربما تحبل فتفوت الوثيقة وتتعرض للهلاك في الطلق، فإن كانت في سن لا تحبل كالصغيرة والايسة، فوجهان: واختار ابن أبي هريرة والأكثرون: المنع أيضاً، حسماً للباب[٥].

ومنها: إذا حجر على المفلس بديون حالة وعليه أيضاً ديون مؤجلة، فهل تحل بالحجر؟ فيه قولان:

أصحهما: لا، ومأخذ القول بالحلول توقع تلافها على الغرماء بالفلس إذا حلت، فينجبر حقهم بالمضاربة الآن مع الغرماء[٦].

ومنها: إذا كانت الديون مساوية لماله وهو غير كسوب، أو لا يفي كسبه بنفقته ونفقة عياله، أو فيه تبذير، فقد ظهرت عليه أمارات الفلس، فهل يحجر عليه في الحال؟ فيه وجهان:

= والمحاملي لأنفسهما بعد حكايتهما عن الأصحاب بعد ما قدمته، واختاره أيضاً الدارمي. المجموع ٥/ ٣٠٠.

(١) العدة في الفروع وصاحبها أبو عبدالله الحسين بن علي المتوفى سنة ٤٩٨هـ يقول الأسنوي إذا أطلق صاحب العدة فهو المراد لأن غيره ألف كتاباً سماه العدة انظر طبقات الأسنوي ١/ ٥٦٨ ونسبها في كشف الظنون ٢/ ١١٢٩ إلى عبد الرحمن بن الحسين أبي محمد الطبري.

(٢) فتح العزيز ٥/ ٢٥٠، والمجموع ٥/ ٣٠٠ والشيخ أبو الفتح نصر بن إبراهيم النابلسي شيخ المذهب في الشام وصاحب التصانيف المشهورة تفقه على سليم الرازي وكان ورعاً توفي سنة ٤٩٠هـ. طبقات الأسنوي ٢/ ٢٠٨.

(٣) والتي هي المشرف على الزوال هل هو كالزائل؟

(٤) والوجه الثاني: له وطؤها كسائر الانتفاعات التي لا تضر بالمرتهن، وإليه ذهب أبو إسحاق والقاضي ابن كج. فتح العزيز ١٠/ ٩٧.

(٥) فتح العزيز ١٠/ ١٠٢.

(٦) فتح العزيز ١٠/ ٢٠٣.

أصحهما: عند العراقيين المنع[1]، وذكر الماوردي: أن القول بالحجر مأخوذ من نص الشافعي رضي الله عنه فيما إذا تسلم المشتري المبيع وكان الثمن معه في البلد أنه يحجر عليه في المبيع وجميع ماله مع أن فيه وفاء بالثمن[2]، وقال الإمام: إنه المختار عند الأئمة.

قال ابن الرفعة: يظهر أن تكون مادة الخلاف، أن المشرف على الزوال كالزائل أم لا؟

وقد أجرى كثير من العراقيين الخلاف فيما إذا كانت الديون أقل، وكان يغلب على الظن انتهاؤها إلى المساواة، ثم الزيادة على قرب، لكثرة الإنفاق، ورتب الإمام هذا على الصورة الأولى وقال: هي أولى بالمنع[3].

ومنها: إذا قال لأربع نسوة: والله لا أجامعكن، فإنه لا تلزمه الكفارة إلا بوطء الجميع، فإذا جامع ثلاثاً منهن صار مولياً عن الرابعة، وهل يكون مولياً عن كل واحدة منهن ويتوقف لها؟

نقل المزني عن الشافعي ذلك، واعترض عليه[4]، وذكر جماعة أن هذا هو أحد القولين في القديم، والقول الجديد ما تقدم أولاً، وابن الصباغ حكى القولين عن الجديد[5].

وحاصل الخلاف أنه إذا كان وطء الواحدة لا يتعلق به حنث لكنه يقرب منه، فهل يصير به مولياً؟ فيه القولان: وأصحهما المنع، وهو نصه في الأم[6].

---

(١) فتح العزيز ١٠/ ٢٠٣.

(٢) الحاوي ٧/ ٣٨٦.

(٣) فتح العزيز ١٠/ ٢٠٣.

(٤) قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: ولو قال لأربع نسوة له: والله لا أقربكن، فهو مولٍ منهن كلهن، يوقف لكل واحدة منهن، فإذا أصاب واحدة أو اثنتين خرجتا من حكم الإيلاء ويوقف للباقيتين حتى يفيء أو يطلق، ولا حنث عليه حتى يصيب الأربع اللائي حلف عليهن كلهن، ولو طلق منهن ثلاثاً كان مولياً من الباقية لأنه لو جامعها واللواتي طلق حنث، ولو ماتت أحداهن سقط عنه الإيلاء لأنه يجامع البواقي ولا يحنث.
قال المزني: أصل قوله: إن كل يمين منعت الجماع بكل حال فهو بها مول، وقد زعم أنه مولٍ من الرابعة، ولو وطئها وحدها ما حنث، فكيف يكون منها مولياً؟ مختصر المزني مع الحاوي ١٣/ ٢٦٩.

(٥) ذكرت هذه المسألة في الروضة ٨/ ٢٣٧ دون نسبة اى راء.

(٦) المجموع ٢/ ٥٢٠، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٢٨.

ومنها: الدم الذي تراه الحامل حالة الطلق ليس بنفاس على الأصح[1]، وحكى صاحب الإفصاح[2]: وجهاً أنه نفاس، والله أعلم.

ويقرب من هذا تنزيل الأكساب منزلة المال العتيد، لأنها متوقعة وستأتي فيما بعد إن شاء الله تعالى.

فصل

يعترض على الأهلية[3] بما يمنع من التكليف بالأحكام الخمسة وبمقتضى الخطاب الوضعي وهو: النسيان، والخطأ، ويدخل فيه الجهل، والإكراه.

والأصل في ذلك حديث ابن عباس رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ قال: «إن الله تعالى تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» رواه ابن ماجه[4] والدارقطني[5] بإسناد حسن، وصححه الحاكم في المستدرك[6]، وفي بعض الطرق: «إن الله وضع عن أمتي»[7] وذكر الثلاث.

وهذا الحديث لا بد فيه من مقدر ليستقيم الكلام به، وهو المسمى في كتب الأصول: المقتضى، وهو كثير في الكتاب والسنة، كقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: ٣]، وقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فإن التحريم لا يضاف إلى الأعيان، كما أن الوضع والتجاوز في الحديث لا يتوجه إلى تلك المعاني، بل إلى الأحكام المتعلقة بها، فإن كان سياق الكلام يقتضي تعيين ذلك المقدر كان كالملفوظ به، كقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ

---

(١) الإفصاح: شرح مختصر المزني للشيخ أبي علي حسين بن قاسم الطبري. كشف الظنون ١/ ١٦٥.

(٢) فتح العزيز ٢/ ٥٧٩.

(٣) الأهلية لغة: الصلاحية. كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٣/ ٢٣٧، ولسان العرب ١/ ١٢٥.
واصطلاحاً تقسم إلى قسمين:
أ- أهلية الوجوب: وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه.
ب- أهلية الأداء: وهي صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً.
التلويح على التوضيح ٢/ ١٦١، وكشف الأسرار عن أصول البزدوي ٤/ ٢٣٧، وفواتح الرحموت ١/ ١٥٦.

(٤) سنن ابن ماجه ١/ ٦٥٩.

(٥) سنن الدار قطني ٤/ ١٧٠-١٧١.

(٦) المستدرك ٢/ ١٩٨.

(٧) سنن ابن ماجه ١/ ٦٥٩ عن الأوزاعي عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عبا. .

﴿أُمَّهَـٰتُكُمْ﴾ فإن السياق يقتضي نكاح أمهاتكم: ... الخ، وكذلك قيل في: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾ إنَّ التقدير أكل الميتة.

وإن كان الكلام يحتمل عدة مقدرات يصح لواحد منها كالحديث المتقدم، فإنه يحتمل أن يكون المقدر، حكم الخطأ والنسيان، أو إثم الخطأ، أو لازم الخطأ، ونحو ذلك، فهل يعم الجميع في الإضمار أم لا؟

اختار فخر الدين الرازي: أنه لا يقدر الكل، للاستغناء عنه وتكثير مخالفة الأصل، إذ الضرورة تندفع بواحد، ثم أورد عليه أنه ليس إضمار أحد اللفظين أولى من الآخر، فإما أن لا يضمر شيء أصلاً وهو باطل، لأنه يعطل دلالة اللفظ، أو يظهر الكل وهو المطلوب[(١)].

وتوقف الآمدي، لتعارض المحذورين، وهما: الإجمال إذا قيل بإضمار حكم ما، وتكثير الإضمار إذا قيل بالتعميم مع الاستغناء عنه بواحد[(٢)].

واختار ابن الحاجب: عدم التعميم، ورأى أن التزام الإجمال أقرب[(٣)].

وحكى الماوردي في «الحاوي[(٤)]» عن الإمام الشافعي رحمه الله أنه قال في «الأم[(٥)]» في قوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ﴾ [البقرة: ١٩٦] الآية: إنَّ تقدير الآية، فمن كان منكم مريضاً، فتطيَّب أو لبس أو أخذ ظفره لأجل مرضه أو به أذى من رأسه فحلقه ﴿فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ﴾.

---

(١) المحصول ١/ق٢/٦٢٦، وقد أجاب الآمدي على الاعتراض الذي ذكره الرازي فقال: قولهم ليس إضمار البعض أولى من البعض، إنما يصح لو قلنا بإضمار حكم معين، وليس كذلك بل بإضمار حكم ما، والتعيين على الشارع، فإن قيل: فيلزم من ذلك الإجمال في مراد الشارع وهو على خلاف الأصل، قلنا: لو قيل بإضمار الكل لزم منه زيادة الإضمار وتكثير مخالفة الدليل كما سبق، وكل واحد منهما ـ الإجمال وتكثير الإضمار ـ على خلاف الأصل. الإحكام للآمدي ٢/ ٣٦٥-٣٦٦.

(٢) الإحكام للآمدي ٢/ ٣٦٦.

(٣) منتهى الوصول ٢/ ١١٥.

(٤) لم أجد هذا الكلام في الحاوي، لكنه قال بعد أن ذكر الآية: تقديره فحلق شعر رأسه ففدية. الحاوي ٥/ ١٤٩.

(٥) الأم ٢/ ١٣٩.

وقال في «الإملاء»: ليس هذا كله مضمراً في الآية، وإنما الذي تضمنته حلق الرأس والبقية مقيس عليه، فيؤخذ من هذا اختلاف قول الشافعي: في أن المقتضى له عموم، لأنه قدر في «الأم» جميع ما يضمر في الآية مما يصح الكلام بإضمار واحد منها، ومنع ذلك في الإملاء.

والذي يقتضيه النظر، أن القول بالتعميم أولى، لأن المحذور في الإجمال المستمر أقوى منه في تكثير الإضمار، لا سيما والإضمار متفق على التزامه في مواضع، والمجمل مختلف في وجوده، ولقوله ﷺ: «لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها» أخرجه مسلم[1]، فإنه يدل على إضمار جميع التصرفات المتعلقة بالشحوم، وفي التحريم وإلا لما لزمهم الذم ببيعها.

فإذا عرف ذلك فالكلام على هذه الأمور الثلاثة فيما هو جار مجرى القواعد تتضمنه فصول:

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ٧/١١، ولم يرد بهذه الصيغة وإنما ورد في عدة صيغ، والصيغة التي ذكرها شيخنا العلائي مجموعة من روايتين: الأولى: «لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها باعوها»، والثانية: «قاتل الله اليهود حرم الله عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها».

الأول

في تقسيم الأمور المنسية والتي تقع عن خطأ وهو أن متعلقهما على ثلاثة أقسام:

الأول: نسيان العبادة المأمور بها رأساً أو الخطأ فيها، كما إذا ظن أن عليه صلاة معينة فصلاها، ثم تبين أن التي عليه غيرها، أو ظن طهارة الماء فتوضأ به ثم تبين نجاسته، فهذا القسم على ضربين:

أحدهما: أن يفوت المصلحة التي شرعت لها العبادة، ولا يقبل التدارك، كالجهاد، والجمعة، وصلاة الكسوف، ونحو ذلك، فهذه وأشباهها تسقط بالفوات، ولا يشرع تداركها بأعيانها، والمؤاخذة بها مرفوعة بالخطأ والنسيان، لدلالة الحديث[١].

وثانيها: ما يقبل التدارك لتحصيل مقصود الشارع من مصلحة تلك العبادة، كمن نسي صلاة، أو صوماً، أو حجاً، أو كفارة، أو نذراً، فيجب عليه تداركه بالقضاء.

وكذلك من أخطأ في شيء منها، كمن تيقن أنه صلى بالاجتهاد إلى غير القبلة على الأصح، ومن توضأ بماء نجس، فيعيده ويعيد ما صلى به.

والمرفوع في هذه القرب، إنما هو الإثم والمؤاخذة، ووجوب التدارك مأخوذ من قوله ﷺ من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها[٢].

القسم الثاني: في المنهيات عنها لذواتها إذا فعلت على وجه الخطأ أو النسيان[٣] وهو أيضاً ضربان:

أحدهما: ما لا يتضمن إتلاف حق الغير[٤]، كمن نسي نجاسة طعام له فأكله، أو جهل كون هذا الشراب خمراً فشربه ونحو ذلك، فلا شك أنه لا يتعلق به هنا إثم ولا حد

---

(١) وهو قوله ﷺ: «إن الله تجاوز عن أمتي...» الحديث.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ٦/ ١٩٣، وابن ماجه ١/ ٢٢٨، والترمذي ١/ ٣٣٤.

(٣) والنسيان، والفرق بين المأمورات والمنهيات إذا فعلت في حالة النسيان أو الخطأ هو:
أولاً: تارك المأمور يمكنه تلافيه بإيجاد الفعل فلزمه ولم يعذر فيه، بخلاف المنهي إذا ارتكبه فإنه لا يمكنه تلافيه إذ ليس في قدرته نفي فعل حصل في الوجود فعذر فيه.
ثانياً: القصد في الأمر رجاء الثواب، فإذا لم يأتمر لم يرج له ثوابه بخلاف النهي، فإن سببه خوف العقاب لأنه لهتك الحرمة والناسي لا يقتضي فعله هتك حرمة فلم يخش عليه العقاب. المنثور للزركشي ٣/ ٢٧٢.

(٤) وهو ما كان حقاً خالصاً لله تعالى.

ولا تعزير، لنسيانه وخطئه المعذور فيه، ولا تدارك في هذا، لأن المنهي عنه إذا وقع لم يمكن رفعه، وما شرع في تعاطيه من الحد أو التعزير فهو ساقط عنه، لأنه شرع زاجراً له عن المعاودة، وذلك إنما يكون في حالة الذكر والعمد دون النسيان والخطأ.

وثانيهما: ما تضمن إتلافاً لملك الغير[1]، كمن باع طعاماً ثم نسي أنه باعه فأكله، أو اجتهد في ماله ومال غيره، فأكل مال غيره خطأ، فلا إثم عليه في ذلك ولا زجر، ولكن يلزمه ضمانه لمالكه إما بالمثل أو بالقيمة، لأن الضمان من الجوابر وهي لا تسقط بالنسيان.

ويتركب من هذين الضربين ثالث وهو:

ما كان من المنهيات له جهتان، ويتعلق به حق الله تعالى وحق العباد، كالقتل خطأ، والجماع كذلك، فإذا قتل خطأ لا إثم عليه، والقصاص الذي شرع زاجراً ساقط عنه لما تقدم، والضمان بالدية لا يسقط لأنها كبدل المتلف الذي فوته، وهو حق للآدمي كما تقدم، وكذلك الكفارة أيضاً، لأنها جابرة لعدم التحفظ.

والتحقيق: أن وجوب الدية والكفارة من باب خطاب الوضع وربط الحكم عليه بالأسباب، لا من خطاب التكليف، بدليل وجوب الدية على عاقلة المخطئ، ووجوب ضمان المتلفات في مال النائم والصبي والمجنون، فإيجاب ذلك في قتل الخطأ لا ينافي رفع الإثم عن المخطئ، ومثل هذا الوطء أيضاً ما إذا أبان زوجته ثم نسي ذلك فوطئها، أو أعتق أمته ثم نسي ذلك ووطئها، أو وجد امرأة على فراشه فظنها أنها زوجته فوطئها خطأ، فلا إثم عليه في هذه الصورة وما أشبهها، ولا يتصف هذا الوطء بحل ولا حرمة ولا حد فيه إذ الخطأ والنسيان لا يحتاجان إلى زجر عنهما، ولكنه يلزمه ضمان ما أتلفه من البضع بمهر المثل، لأنه جابر كما تقدم.

ومـن هذا القسم أيضاً: يمين الناسي والجاهل إذا حلف على شيء أنه يفعله في وقت معين ثم نسي اليمين ولم يفعله في وقته، وكذلك لو حلف بالطلاق أو العتاق على شيء أنه لا يفعله، ثم نسي يمينه ففعله، أو جهل بأن هذا هو المحلوف عليه، أو حلف على غيره، أنه لا يفعل شيئاً وأعلمه بيمينه، وكان المحلوف عليه ممن يبالي بيمينه وينكف بسببها، ثم فعل ذلك ناسياً أو جاهلاً، ففي الحنث بذلك كله قولان، رجح كل منهما مرجح[2]، وصحح الرافعي والنووي عدم الوقوع، لدخول ذلك في

---

(١) وهو ما كان حقاً خالصاً للعباد.

(٢) قال العز بن عبد السلام: والمختار حنثه، وبه قطع الأئمة الثلاثة، لأن اللفظ لم يغلب في عرف الاستعمال على حال الذكر فيقيد بها. قواعد الأحكام ٢/ ٣.

عموم الحديث[١]، وقطع الغزالي في الوسيط: إذا قصد بتعليق الطلاق منعها من المخالفة فنسيت لم تطلق، لأنه لم تتحقق مخالفة.

قال الرافعي: ويشبه أن يراعى معنى التعليق، ويطرد الخلاف[٢].

وقال في الروضة[٣]: الصحيح قول الغزالي[٤].

القسم الثالث: نسيان الشروط المصححة للعبادة بالترك لها، أو المفسدة للعبادة بالفعل والخطأ في ذلك، وهو أيضاً على ضربين:

أحدهما: أن يتعلق الخطأ أو النسيان بالمأمورات التي وجودها شرط في صحة العبادة، كالوضوء والغسل مثلاً إذا نسيهما أو اجتهد ثم تبين الخطأ فيهما، فالذي يسقط عنه في هذه الصورة الإثم والعقوبة اللذان يترتبان على من أقدم على العبادة من غير شرطها، وتجب إعادة الصلاة تداركاً للمأمور به، لأن المقصود من تحصيل مصلحته لم يوجد.

وثانيهما: أن يتعلق ذلك بالمنهيات المنافية للعبادة حال فعلها، كالكلام في الصلاة والأكل في الصوم ناسياً أو جاهلاً بقاء العبادة ونحو ذلك، فلا يبطل بذلك على هذا الوجه لأنه لم يقصد إفسادها، ولدخول ذلك في الحديث المتقدم[٥] مع ما ثبت عنه ﷺ من بنائه على الصلاة التي تكلم فيها ومشى وهو يعتقد إكمالها من حديث ذي اليدين[٦] وغيره، وقوله ﷺ: «من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه»[٧]، لكن استُثني من ذلك الكلام في الصلاة، وكذلك الأفعال المنافية لها إذا كثر جداً، فإنه يبطلها على الأصح[٨]، وإن وقع على وجه الخطأ والنسيان، لأن ذلك نادر،

---

(١) قال النووي في زوائده على الروضة: قلت: رجح الرافعي في كتاب المحرر أيضاً عدم الحنث في الطلاق واليمين جميعاً، وهو المختار للحديث الحسن: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ثم قال: والمختار أنه عام، فيعمل بعمومه إلا فيما دل على تخصيصه، كغرامة المتلفات والله أعلم. الروضة ٨/ ١٩٣.

(٢) الروضة ٨/ ١٩٣.

(٣) يقصد النووي في زوائده على الروضة.

(٤) الروضة ٨/ ١٩٣.

(٥) أي قوله ﷺ: «إن الله تجاوز عن أمتي».

(٦) تقدم تخريجه ورواياته مختلفة صحيح مسلم بشرح النووي ٥/ ٧٢.

(٧) صحيح مسلم بشرح النووي ٨/ ٣٥، والترمذي ٣/ ١٠٠ وقال: حديث حسن صحيح.

(٨) الروضة ١/ ٢٩٥.

والشرع عفا في الأعذار عن غالبها دون نادرها، لما في اجتناب الغالب من المشقة، وألحق بعض الأصحاب[1] الأكل في الصوم أيضاً.

والصحيح أنه لا فرق فيه بين القليل والكثير، لأنه لا يندر الكثير فيه، بخلاف الأفعال الكثيرة في الصلاة.

وفي جماع المحرم الناسي وجه أيضاً: أنه لا يفسد الإحرام، وقيل: بل هو قول[2].

ومأخذ الصحيح في عدم التفرقة بين العامد والناسي في ذلك، أن المحرم له هيئة يتذكر بها حاله، فإذا نسي كان مقصراً، فالقول بالإفساد هنا، وعند الكثرة في الصلاة على الأصح، أو في الصوم على وجه، ليس لأنه رتب المؤاخذة على الخطأ والنسيان، بل لأمر آخر[3]، وهذا كله إذا لم يكن ذلك من قبيل الإتلاف، فإن كان منه، كقتل الصيد في الإحرام أو في الحرم وحلق الشعر وتقليم الأظفار في حالة الإحرام مخطئاً أو ناسياً في ذلك، فلا تسقط كفارته لما سبق أنها من الجوابر، وهي لا تسقط بالنسيان والخطأ، وأنها من خطاب الوضع، كغرامة المتلفات ولو مع النوم والصغر والجنون.

وقد اختلفوا في صور: هل يكون النسيان والخطأ فيهما عذراً أم لا؟

منها: إذا نسي الترتيب في الوضوء فتوضأ منكساً.

ومنها: إذا نسي الماء في رحله فتيمم وصلى ثم ذكره.

ومنها: لو صلى بنجاسة لا يعفى عن مثلها ناسياً لها أو جاهلاً بها أنها أصابته.

ومنها: نسيان قراءة الفاتحة في الصلاة.

---

(١) كالخراسانيين. المجموع ٦/ ٣٢٤.

(٢) إذا وطىء المحرم ناسياً فيه قولان:
أحدهما: أنه كالواطىء عامداً.
والثاني: قال في الجديد وهو الصحيح لا حكم له ولا كفارة عليه. الحاوي ٥/٢٩٦، والمجموع ٧/ ٣٤١.

(٣) ولذلك وضع بعض العلماء شروطاً لاعتبار النسيان عذراً وهي:
أولاً: أن لا يكثر الفعل المرتب نسياناً.
ثانياً: أن لا يسبق تصريح بالتزام حكمه كما لو قال: والله لا أدخل الدار عامداً ولا ناسياً فدخلها ناسياً.
ثالثاً: أن لا تكون معه حالة مذكرة ينسب معها التقصير وإلا لم يترتب عليه حكمه.
المنثور للزركشي ٣/ ٢٧٤.

ومنها: إذا رأوا سواداً فظنوه عدواً فصلوا صلاة شدة الخوف، ثم بان أنه لم يكن عدواً.

ومنها: إذا دفع الزكاة إلى من ظنه فقيراً فبان غنياً.

ومنها: إذا صلى إلى غير جهة القبلة بالاجتهاد ثم تبين الخطأ.

ومنها: إذا اجتهد في أحد الإنائين، فظن طهارة أحدهما فتوضأ منه، ثم تيقن أنه كان النجس، وفي كل هذه الصور قولان[1].

الجديد الصحيح: أنه لا يعذر في شيء من ذلك بالنسيان ولا بالخطأ، ويلزمه الإعادة.

والقديم: أنه يعذر ويجزئه.

ومأخذ القولين: أن هذه الأشياء كلها، هل هي من قبيل المأمورات التي هي شروط، كالطهارة عن الحدث، فلا يكون النسيان عذراً في تركها، لفوات المصلحة منها، أو أنها من قبيل المناهي كالأكل والكلام في الصلاة، فيكون ذلك عذراً في تركها؟ والأول أظهر والله أعلم.

ويعبر عن هذه المسائل وأشباهها بما يتضمن قاعدة هي:

كذب الظنون[2]

وتنقسم إلى ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لا يترتب على الظن الكاذب شيء اتفاقاً، كمن ظن أنه متطهر فصلى ثم تبين له الحدث، ومن ظن دخول الوقت فصلى ثم تبين أنه صادف قبل الوقت، ومن ظن طهارة الماء فتوضأ به ثم تبين أنه كان نجساً، ومن صلى خلف من يظنه مسلماً أو ذكراً فأخلف ظنه، ومن أدى الزكاة من مال يظن حله فتبين أنه لغيره، وكذلك من عجل الزكاة على ظن بقاء الفقير بصفته إلى تمام الحول فاستغنى أو مات قبل الحول، لم يجزئه، وكان له الاسترداد إذا تبين أنها زكاة معجلة، ومن ظن بقاء الليل في الصيام فتسحر، أو غروب الشمس فأفطر، ثم تبين خلاف ذلك، ومن اعتكف فيما يظنه مسجداً

---

(١) جميع هذه الصور ذكرها النووي في المجموع ١/ ٤٤٢، وقال: والخلاف في كلها قولان، والصحيح أنه لا يعذر في شيء منها.

(٢) ذكر هذه القاعدة الشيخ عز الدين بن عبد السلام في قواعد الأحكام ٢/ ٥٤ وذكر تحتها تقريباً ٢٦ مسألة فرعية، ومنها المسائل التي ذكرها المصنف هنا.

ثم بان أنه مملوك لم يصح اعتكافه، ومن نذر هدي شاة معينة أو الأضحية بها على ظن أنه يملكها ثم تبين أنها لغيره لم ينعقد نذره.

وكذلك من أوقع عقد بيع أو غيره على عين يظنها ملكه فأخلف ظنه، لم يصح، أو تزوج بمن يظن أنها خلية عن الموانع فلم تكن كذلك، لم ينعقد له عليها شيء، إلى غير ذلك من المسائل الكثيرة.

ومن صور هذا القسم: ما إذا أنفق على البائن الحائل ظاناً حملها، ثم تبين خلافه فإنه يسترد ذلك، وشبهه الرافعي: بما إذا ظن أن عليه ديناً فأداه، ثم بان خلافه، وبما إذا أنفق على ظن إعسار ولده فبان يساره[1].

وسئل القفال عن دلال باع متاعاً فأعطاه المشتري شيئاً وقال: وهبته منك، فقبله، فقال: إن ظن أن عليه أن يعطيه ويهب منه فله عليه الرجوع ولا يملكه الدلال، لأن أجرة الدلال على البائع، وإن علم أنه ليس عليه أن يعطيه شيئاً حل له.

والقسم الثاني: ما يترتب فيه على الظن الخطأ مقتضاه، وفيه صور:

منها: إذا صلى خلف من ظنه متطهراً، ثم تبين أنه كان محدثاً، فإن صلاته تصح إذا لم تكن في الجمعة[2]، والفرق بينه وبين الكفر والأنوثة، أنهما لا يخفيان غالباً، بخلاف الطهارة والحدث.

ومنها: إذا رأى المتيمم المسافر ركباً فظن أن معهم ماء، فإن تيممه يبطل وإن لم يكن معهم ماء، لأنه توجه عليه الطلب منهم، وإذا توجه عليه الطلب بطل تيممه، بخلاف ما إذا تيمم الجريح ثم ظن قبل الصلاة أن جرحه برئ فكشف اللصوق فإذا هو لم يبرأ، فإن تيممه لا يبطل، لأن الطلب لم يتوجه عليه، وتبين خطأ ظنه فلا أثر له.

ومنها: إذا أكمل جميع الحجيج ذا القعدة بالعدد، لعدم الرؤية، ثم وقفوا في اليوم التاسع وتبين أنه كان العاشر، أجزأهم ولم يجب عليهم القضاء، لأنه يقع مثله كثيراً، أو لما فيه من المشقة العامة، بخلاف ما إذا وقع ذلك لشرذمة قليلة، وبخلاف ما إذا كان

---

(١) الروضة ٩/ ٦٧.

(٢) في الجمعة إذا صلى مع إمام ثم تبين أنه محدث، فإن كان العدد لا يتم إلا بهذا الإمام وجب على الإمام والمأمومين أن يعيدوا الجمعة، وإذا كان العدد قد تم بغيره فجمعة المأمومين صحيحة على الصحيح، وليس للإمام إعادتها لأنه قد صحت جمعة فلا تصح أخرى بعدها. المجموع ٤/ ٢٥٩.

غلطهم بالوقوف في اليوم الثامن، ففيه وجهان، لندرة ذلك، فإن تكرار الشهادة بالزور مرتين في شهرين نادر.

ومنها: إذا خاطب امرأة بالطلاق على ظَنٍّ أنها أجنبية منه، وهي في ظلمة، أو من وراء حجاب، فكانت زوجته، فالمشهور الذي قطع به الأصحاب: أنه ينفذ الطلاق[١] ولا أثر لظنه الخطأ، وكذلك إذا أعتق عبداً يظنه لغيره فكان له.

وللإمام والغزالي فيه احتمال: من جهة أنه إذا لم يعرف الزوجية لا يقصد قطعها فإذا لم يقصد الطلاق وجب أن لا يقع[٢].

قال الرافعي: ومن نظائر هذه المسألة ما إذا نسي أن له زوجة وطلقها، وكذلك لو قبل له أبواه في صغره أو وكيله في كبره نكاح امرأة وهو لا يدري فقال: زوجتي طالق، أو خاطب تلك المرأة بالطلاق، قد حكاه ابن كج عن نص الشافعي، وهذا في الظاهر[٣]، أما في الباطن فحكى أبو العباس الروياني: وجهين في الوقوع باطناً، ثم قال: ويحتمل أن يقطع بالوقوع في صورة النسيان، ويختص الخلاف بما إذا لم يعلم أن له زوجة أصلاً[٤]، كما يفرق بين من صلى مع نجاسة نسيها، وبين ما إذا صلى مع نجاسة لم يعلم بها أصلاً، وبنى صاحب التتمة ذلك على أن الإبراء عن الحقوق المجهولة هل يصح؟ فإن قلنا: لا يصح، فلا يقع الطلاق بينه وبين الله تعالى[٥].

وقد ذكر الشيخ عز الدين في القواعد: أنه إذا وكل وكيلاً في إعتاق عبد فأعتقه ظناً منه أنه عبد الموكل، فإذا هو عبد الوكيل، نفذ عتقه[٦].

قلت: ولا يجيء فيه احتمال الإمام والغزالي في التي قبلها، لأن هذا قصد قطع الملك فنفذ.

القسم الثالث: ما فيه الخلاف.

فمنه ما كان الصحيح أنه لا يترتب على الظن الخطأ ما حكم به عليه، كالمسائل

---

(١) الروضة ٨/ ٥٤.

(٢) الروضة ٨/ ٥٤.

(٣) الروضة ٨/ ٥٥.

(٤) ذكرهما في الروضة ٨/ ٥٥ فقال: وفي نفوذه باطناً وجهان بناهما المتولي على الإبراء عن المجهول إن قلنا لا يصح لم تطلق باطناً.

(٥) الروضة ٨/ ٥٥.

(٦) قواعد الأحكام ٢/ ٥٦.

المتقدمة وما أشبهها، ومنه ما كان الأصح فيه ترتب الحكم، كما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي، فإذا هو ميت، وهو حائز لميراثه ففيه قولان: والأصح صحة بيعه، وستأتي المسألة إن شاء الله تعالى في الكلام على وقف العقود.

ومأخذ القول بأنه لا يصح: أنه لم يقصد قطع الملك، ولهذا قطعوا فيما إذا ظن في عين أنها ملكه، وكانت لأبيه، فباعها على هذا الظن، ثم تبين أن أباه كان مات وهي إرثه، يصح البيع قطعاً، لجزمه بالرضا[1] والله أعلم.

وسيأتي في الفصل الذي يلي هذا صور من كذب الظنون أيضا مختلف فيها إن شاء الله تعالى.

---

(١) قواعد الأحكام ٢/ ٥٦.

الثاني

الخطأ الناشئ عن الجهل[1]

يختلف حكمه بحسب اختلاف متعلق الجهل، فمن جهل تحريم شيء مما يشترك فيه غالب الناس، فإن كان قريب العهد بالإسلام، أو نشأ ببادية بعيدة يخفى فيها مثل ذلك عذر فيه، وإن لم يكن مما يشترك غالب الناس في معرفة تحريمه، وكان مثله يخفى عليه عذر فيه أيضاً، وإلا لم يعذر، ومتى كان معذوراً في عدم العلم بشيء من ذلك لا يجب عليه الحد المترتب عليه ولا التعزير، لأنه لم يقدم على مخالفة أمر الله تعالى.

ومن علم حرمة شيء من ذلك، وجهل وَجْبَ الحد المرتب عليه لم يسقط عنه بذلك الجهل، لانتهاكه حرمة الله تعالى[2].

وقد يتعلق الجهل بصفة الذات الواقع عليها الفعل، وقد يتعلق بالحالة القائمة بها، أو بالفاعل، ويتضح ذلك بذكر صور تنبه على ما عداها[3]:

---

(١) الجهل هو: عدم العلم بما من شأنه أن يعلم. المنثور ٢/ ١٢، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٠٣. وهو لا ينافي الأهلية ولا ينقص منها شيئاً، ولكن الشارع اعتبره في بعض الحالات عذراً وسبباً من أسباب التيسير رحمة بالناس ورفعاً للحرج عنهم، وللعلماء فيه ضوابط ومقاييس ترد إليها الفروع المختلفة. رفع الحرج في الشريعة الإسلامية د. يعقوب عبد الوهاب ص ٢٨٠، والموسوعة الكويتية ١٦/ ١٩٧ وما بعدها.

(٢) كمن علم تحريم الزنى والخمر وجهل الحد، يحد بالاتفاق، لأنه كان في حقه الامتناع. الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٥٩. ووَجْبُ الحدِّ: وجوبه.

(٣) لقد حاول العلماء وضع ضابط للجهل الذي يعذر فيه والجهل الذي لا يعذر فيه.

قال القرافي في الفروق ٢/ ١٤٩: اعلم أن صاحب الشرع قد تسامح في جهالات الشريعة فعفا عن مرتكبها، وأخذ بجهالات فلم يعف عن مرتكبها، وضابط ما يعفى عنه من الجهالات الجهل الذي يتعذر الاحتراز عنه عادة، وما لا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشق لم يعف عنه.

وأما الشافعية: فالقاعدة في الجهل عندهم: أنه مسقط للإثم مطلقاً في الآخرة، وأما في الأحكام الدنيوية فإن فيه تفاصيل كثيرة يلتقي مع النسيان في أغلب الأحكام فهو يقسم إلى قسمين كما في النسيان:

أولاً: الجهل بالمأمورات، ولا يصلح عذراً في الأحكام الدنيوية، بل يجب تداركه ما أمكن، ومثاله الجهل بالنجاسة التي لا يعفى عنها في الصلاة وجهله بالترتيب.

ثانياً: الجهل بفعل المنهي عنه ويتنوع إلى ثلاثة أقسام تبعاً لطبيعة المنهي عنه:

أ- ما كان المنهي عنه ليس من باب الإتلاف، وهذا لا شيء فيه، كشرب الخمر جاهلاً بأنه حرام. =

فمنها: إذا تكلم في الصلاة جاهلاً بتحريمه لم تبطل، لقصة[1] معاوية بن الحكم[2] رضي الله عنه، وإنما يعذر في ذلك إذا كان قريب عهد بالإسلام، فإن طال عهده بطلت لتقصيره بترك التَّعَلُّم، ولو علم بتحريم الكلام ولم يعلم بطلان الصلاة لم يعذر إذْ كان حقه لامتناع.

ولو جهل كون التنحنح مبطلاً للصلاة فهو معذور على الأصح، وكذلك لو جهل أن هذا القدر الذي أتى به من الكلام محرماً، لأن مثل ذلك يخفى على العوام، ثم القدر الذي لا يبطل الصلاة هو الكلام اليسير، فأما الكثير[3] فيبطل لمنافاته كما قالوا في الناسي.

ومنها: إذا سبق الإمام بركنين عمداً مع العلم بالتحريم، بطلت صلاته، وإن كان جاهلاً بذلك لم تبطل، لكن لا يعتد بتلك الركعة فيتداركها بعد سلام الإمام.

ومنها: الإتيان بشيء من مفسدات الصوم جاهلاً بكونه مفطراً، حيث يعذر بذلك الجهل، إما لقرب عهده بالإسلام، أو لنشأته ببادية بعيدة يخفى عليه مثلها، فإنه لا يبطل صومه بذلك، ولو أكل ناسياً فظن بطلان صومه بذلك فجامع فهل يفطر؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كما لو سلم عن ركعتين من الظهر ناسياً وتكلم عامداً لظنه إكمال الصلاة، لا تبطل صلاته.

= ب- ما كان المنهي عنه من باب الإتلاف، وفي هذه الحالة يجب الضمان حفظاً لأموال الناس ودفعاً للحرج عنهم، كما لو أتلف المشتري المبيع قبل القبض جاهلاً فهو قابض في الأظهر.

ج- ما كان المنهي عنه موجباً للعقوبة، وفي هذه الحالة يكون الجهل شبهة مسقطة للعقوبة، كمن قتل جاهلاً بتحريم القتل فإنه لا قصاص عليه، وهذا يتصور فيمن أسلم حديثاً.

الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٥٧ وما بعدها، ورفع الحرج ص ٢٩٠.

(١) قصة معاوية بن الحكم كما جاءت في صحيح مسلم بشرح النووي ٥/ ٢٠ قال: بينا أنا أصلي مع رسول الله ﷺ إذ عطس رجل من القوم، فقلت: يرحمك الله، فرماني القوم بأبصارهم، فقلت: وا ثكل أمياه ما شأنكم تنظرون إلي؟ فجعلوا يضربون بأيديهم على أفخاذهم، فلما رأيتهم يصمتونني لكني سكت، فلما صلى رسول الله ﷺ فبأبي هو وأمي ما رأيت معلماً قبله ولا بعده أحسن تعليماً منه فوالله ما كهرني ولا ضربني ولا شتمني قال: «إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس، إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن». ومعنى كهرني: استقبلني بوجه عابس أو قهرني.

(٢) هو معاوية بن الحكم السلمي، كان يسكن بني سليم وينزل المدينة، وله صحبة، الإصابة ٣/ ٤٣٢.

(٣) ضابط الكثير والقليل يرجع إلى العرف على الأصح. المجموع ٣/ ٨٠.

وأصحهما ـ وبه قطع الأكثرون ـ: أنه يفطر، كما لو جامع على ظن أن الصبح لم يطلع فبان خلافه، وعلى هذا فلا تجب الكفارة على المشهور، لأنه وطئ وهو يعتقد أنه غير صائم.

وعن القاضي أبي الطيب: أنه يحتمل أن تجب الكفارة، لأن هذا الظن لا يبيح الوطء[١].

ومنها: أن الوكيل يشتري شيئاً غير معين ليس له أن يشتري معيباً، فإن اشتراه فإما أن يكون يساوي مع العيب ما اشتراه به، أو لا يساوي، فإن كان يساوي، فإن جهل العيب وقع عن الموكل، وإن علمه فثلاثة أوجه[٢]:

أصحها: لا يقع عنه، لأن الإذن المطلق يتقيد عرفاً بالسليم.

والثاني: يقع، لأنه لا نقصان في المالية والصيغة عامة.

والثالث: الفرق بين ما يمنع الإجزاء في الكفارة إذا كان المشترى عبداً وبين ما لا يمنع.

وأما إذا كان لا يساوي مع العيب ما اشتراه به، فإن علم الوكيل بالعيب لم يقع عن الموكل، وإن جهل فوجهان:

صحح الإمام: أنه لا يقع عنه.

والأوفق لكلام الأكثرين: أنه قع، كما لو اشترى بنفسه جاهلاً بالعيب، والظُّلامة تندفع بثبوت الرد له[٣].

ومنها: إذا وطىء المرتهن الجارية المرهونة بإذن الراهن معتقداً أن ذلك يبيح الوطء، فيعذر إن كان قريب عهد بالإسلام أو نشأ ببادية، وإن لم يكن كذلك ففي الحد وجهان:

والصحيح: أنه لا يحد، لأن مثله قد يخفى عليه.

ومنها: إذا وطىء الغاصب الجارية المغصوبة وهما جاهلان بتحريم ذلك، فلا حد عليهما، وعليه المهر للسيد وأرش البكارة إن كانت بكراً، وهل يفرد أرش البكارة عن المهر أم لا؟ فيه كلام كثير ليس هذا موضعه[٤]، ومن كان منهما عالماً لزمه الحد.

---

(١) الروضة ٢/ ٣٧٨.

(٢) الروضة ٤/ ٣٠٩.

(٣) الروضة ٤/ ٣١٠، والظُّلامة: ما أُخِذَ من المظلوم.

(٤) فتح العزيز ١١/ ٣٣٢-٣٣٣.

قال الرافعي: والجهل بتحريم وطء المغصوبة، قد يكون للجهل بتحريم الزنى مطلقاً، وقد يكون لتوهم حلها خاصة لدخولها بالغصب في ضمانه، ولا يقبل دعواهما إلا من قريب عهد بالإسلام، أو ممن نشأ في موضع بعيد عن المسلمين، وقد يكون لاشتباهها عليه، فلا يشترط في الدعوى ما ذكرناه[١]، وكذلك لا يشترط هذا إذا وقع الوطء من المشتري من الغاصب جاهلاً أنها مغصوبة، وهذا في الوطأة الواحدة، أما إذا تكرر ذلك من الغاصب أو المشتري منه، فإن كان في حالة الجهل لم يجب إلا مهر واحد، لأن الجهل شبهة واحدة مطردة[٢]، وإن كان عالماً وجب المهر، لكونها مستكرهة، أو على القول بالوجوب مع طواعيتها فوجهان:

أحدهما: الاكتفاء بمهر واحد.

وأصحهما: يجب لكل مرة مهر[٣].

ومنها: إذا وطىء الأب جارية الابن مراراً من غير إحبال، وفيه وجهان:

أحدهما: أنه يجب بكل مرة مهر، لتعدد الإتلاف في ملك الغير.

وأشبههما: أنه لا يجب إلا مهر واحد، لأن الشبهة ـ وهي وجوب الإعفاف ـ واحدة.

وخص في التهذيب الخلاف بما إذا اتحد المجلس وحكم بالتكرير عند اختلافه[٤].

واتفقوا على أن الوطء في النكاح الفاسد وإن تعدد لا يقتضي إلا مهراً واحداً، ومن وطىء بشبهةثم زالت، ووطئها بشبهة أخرى، وجب لكل منهما مهر.

ووطء أحد الشريكين الجارية المشتركة، ووطء السيد المكاتبة مراراً، كوطء الأب جارية الابن فيه الخلاف[٥].

وقد ذكر الإمام[٦]: مسألة وطء الغاصب أو المشتري منه المتقدمة والوجهين عند العلم إذا وطئها مستكرهة، أو قلنا بأنه يجب المهر مع الطواعية، وأنَّ أصحهما: تعدد المهر بتعدد المرات، لأن الوجوب ههنا لإتلاف منفعة البُضع، يتعدد بتعدد الإتلاف.

---

(١) فتح العزيز ١١/ ٣٣٤.

(٢) فأشبه ما إذا وطىء في النكاح الفاسد مراراً. فتح العزيز ١١/ ٣٣٤.

(٣) المصدر السابق.

(٤) الروضة ٧/ ٢٨٨.

(٥) المصدر السابق.

(٦) فتح العزيز ١١/ ٣٣٤.

ثم قال: ومقتضى هذا، الحكم بتعدد المهر في صورة الجهل أيضاً، لأن الإتلاف الذي هو سبب الوجوب حاصل، فلا معنى للإحالة على الشبهة، وإنما يحسن اعتماد الشبهة حيث لا يجب المهر لولا الشبهة.

ثم قال: وهذه لطيفة لا يقتضي منها العجب.

قال الرافعي: وإن وطئها مرة جاهلاً ومرة عالماً، وجب مهران[1].

ومنها: إذا أخبر الشفيع بخبر صفة البيع، وكذب فيه، بأن قال: باع الشريك نصيبه بألف، فبان بخمسمائة، أو قال: باع من زيد، وكان باع من غيره، أو قال: باع بالدراهم، فكان بالدنانير، ونحو ذلك، فعفا الشفيع عن حقه لم يلزمه العفو، بل يبقى حقه، ولو باع الشفيع نصيبه ولم يعلم ببيع شريكه، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه على شفعته، لأنه كان عند البيع شريكاً ولم يرض بسقوطها.

وأشبههما: أن شفعته بطلت، لزوال السبب المقتضي لها وهو الشركة[2].

ومنها: إذا أخر المشتري رد المعيب، أو الشفيع الأخذ بالشفعة، وادعى كل منهما الجهل بثبوت ذلك له، فيقبل منه إن كان قريب عهد بالإسلام، أو نشأ في برية لا يعرفون الأحكام، وإن قال كل واحد منهما: لم أعلم أن ذلك على الفور ويبطل بالتأخير، قالوا: يقبل قوله، لأن ذلك مما يخفى على العوام.

وأما الأمة إذا أعتقت تحت عبد وأخرت الفسخ، فإن ادعت الجهل بالعتق، فالقول قولها مع يمينها إن لم يكذبها ظاهر الحال، كما إذا كانت مع السيد في بيته ويبعد خفاء العتق عليها، فحينئذ يصدق الزوج، ومنهم من حكى فيه خلافاً، وإن ادعت الجهل بأن العتق يثبت لها الخيار فقولان:

أصحهما: التصديق وتعذر بذلك، لأن هذا لا يعرفه إلا الخواص، بخلاف خيار العيب فإنه مشهور يعرفه كل أحد.

وإن ادعت الجهل بأن الخيار على الفور، قال الغزالي: لم تعذر، ووجهه الرافعي: بأن من علم ثبوت أصل الخيار علم كونه على الفور ثم قال: ولم أر تعرضاً لهذه الصورة في سائر كتب الأصحاب، نعم صورها العبادي[3] في الرقم وأجاب: إن كانت قديمة

---

(١) فتح العزيز ١١/ ٣٣٤.

(٢) فتح العزيز ١١/ ٤٩٥.

(٣) العبادي هو القاضي أبو عاصم محمد بن أحمد الهروي المعروف بالعبادي. كان إماماً دقيق =

عهـد بالإسلام وخالطت أهله لم تعـذر، وإن كانت حديثـة عهد ولم تخالط أهلـه فقولان[1].

وقال في آخر كتاب اللعان: إذا أخر النفي بعد علمه بالولادة وقال: لم أعلم أن لي حق النفي فإن كان فقيهاً لم يقبل قوله، وإن كان حديث عهد بالإسلام أو ناشئاً في بادية بعيدة قبل، وإن كان من العوام الناشئين في بلاد الإسلام، ففيه وجهان كما سبق في خيار العتق، وتبعه النووي في الروضة[2] على ذلك كله، مع جزمهما في الرد بالعيب وفي الشفعة بما تقدم، وهو تناقض عجيب كما تراه[3].

وقد زاد صاحب التنبيه في مسألة النفي: أنه إذا جهل أن النفي على الفور وجعله كجهل أن له النفي، ولم يقل إن كان فقيهاً بل قال: إن كان ممن يجالس العلماء لم يقبل منه، وهو قدر زائد على كونه فقيهاً، وأقره النووي عليه في التصحيح[4]، والجمع بين هذه المواضع متعذر.

ومنها: ما تقدم فيمن خاطب زوجته بالطلاق وهو يظنها أجنبية، وأمته بالعتق كذلك، أنه يقع عليه الطلاق والعتق، وفيه احتمال للإمام[5].

= النظر. من مصنفاته (المبسوط) والهادي والزيادات وطبقات الفقهاء مات سنة ٤٥٨هـ انظر طبقات الشافعية للحسيني ١٦١-١٦٢.

(١) ذكرت هذه المسألة مع اختيار الغزالي، وتوجيه الرافعي وتصوير العبادي في الرقم، في الروضة ٧/ ١٩٤-١٩٥.

(٢) الروضة ٨/ ٣٦١، أما قوله: وتبعه النووي في الروضة، فالأصل فيها أن النووي في الروضة اختصر كلام الرافعي في فتح العزيز، فإن وافقه سكت، وإن خالفه علق بقوله: قلت، وختم تعليقه بلفظة والله أعلم، وفي هذه المسالة لم يعلق النووي فيكون موافقاً للرافعي فيما ذهب إليه.

(٣) فيه إشارة إلى قول الرافعي وموافقة النووي له في المسألة السابقة فقد قال في العامي: إن ادعى جهله بأن الخيار على الفور وأنه يبطل بالتأخير يقبل قوله، لأن ذلك مما يخفى على العوام.
قال السيوطي في الأشباه والنظائر ص ٣٥٩: وكذا أطلقه الرافعي... واستدركه النووي فقال: شرطه أن يكون مثله ممن يخفى عليه.
أما في هذه المسألة ـ تأخير النفي وادعاء جهله بأن له حق النفي ـ فقد أجروا وجهين في العامي الذي نشأ في بلاد الإسلام ولم يجزموا بقبول قوله، ويرى العلائي أن هذه المسائل متشابهة وأنها كلها مما تخفى على العوام، فيجب أن يكون الحكم واحداً.

(٤) قال السيوطي في الأشباه ص ٣٥٩: وأقره النووي في التصحيح ولا ذكر للمسألة في الروضة وأصلها.

(٥) الروضة ٨/ ٥٥.

وقال الغزالي في البسيط[1]: كان بعض المذكرين في زماننا يلتمس من أهل المجلس تكرمه مالية فلم ينجح طلبه وطال انتظاره فقال متبرماً: قد طلقتكم ثلاثاً وكانت زوجته فيهم وهو لا يدري، فأفتى الإمام بوقوع الطلاق، وفي القلب منه شيء.

وقال الرافعي بعد حكاية هذا: ولك أن تقول ينبغي أن لا يقع الطلاق في هذه الصورة، وإن أوقعناه فيما إذا خاطب بالطلاق وهو لا يدري أنها زوجته، لأن قوله: قد طلقتكم، لفظ عام، واللفظ العام يقبل الاستثناء باللفظ والنية، ألا ترى أنه لو حلف أنه لا يسلم على زيد فسلم على قوم هو فيهم واستثناه بلفظه أو بقلبه لم يحنث، وإذا كان عنده أن امرأته ليست في القوم كان مقصده من القوم غيرها فيكون مطلقاً لغيرها لا لها، كما أنه إذا استثنى زيداً بقلبه وكان القصد غيره كان مسلماً على غير زيد، واعترض النووي رحمه الله على هذا، بأن في مسألة السلام علم كون زيد فيهم واستثناه بقلبه، وهنا لم يستبن امرأته، واللفظ شامل لها ولم يخرجها، وعلى الإمام[2]: بأن الواعظ لم يقصد بقوله: طلقتكم، معنى الطلاق القاطع للنكاح، وقد قالوا لا بد من قصد لفظ الطلاق ومعناه ولا يكفي قصد لفظه من غير قصد معناه، وأيضاً فقوله طلقتكم خطاب رجال، والأظهر أنه لا تدخل النساء في خطاب الرجال إلا بدليل، فلم تدخل امرأته فيه فلا يقع عليها طلاق[3].

ومنها: إذا قال الغاصب لمالك العبد المغصوب: أعتق عبدك هذا، فأعتقه المالك جاهلاً أنه عبده، فالصحيح أنه يعتق، وفيه وجه أنه لا يعتق، لأنه لم يقصد قطع ملك نفسه[4].

ومنها: إذا لقن العجمي لفظ الطلاق بالعربية وهو لا يعرف معناها، اتفقوا على أنه لا يقع طلاقه، كما لو لقن كلمة الكفر فتكلم بها وهو لا يعرف معناها لا يحكم بكفره[5].

قال المتولي: وهذا إذا لم يكن له مع أهل ذلك اللسان اختلاط، فإن كان، لم يصدق في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى[6].

فلو قال العجمي: أردت بهذه الكلمة معناها في العربية ففيه وجهان:

---

(١) المصدر السابق.
(٢) في جميع النسخ (عن الإمام)، لأن النووي رد عليه كما جاء في الروضة ٨/ ٥٥.
(٣) الروضة ٨/ ٥٥.
(٤) الروضة ٥/ ١٢.
(٥) قواعد الأحكام ٢/ ١٠٢.
(٦) الروضة ٨/ ٥٦.

قال الماوردي: يقع[١].

وقال الشيخ أبو حامد: لا يقع، لأنه إذا لم يعرف معنى اللفظ لم يصح قصده[٢]، وصححه الرافعي[٣]، ولو قال: لم أعلم أن معنى هذه الكلمة قطع النكاح، لكن نويت بها الطلاق وقصدت قطع النكاح لم يقع الطلاق كما لو خاطبها بكلمة لا معنى لها وقال: أردت الطلاق.

ومنها: لو أمر السيد عبده الأعجمي الذي يرى طاعة السيد واجبة عليه في كل ما يأمره به، ويبادر إلى الامتثال، بقتل رجل ظلماً لم يجب على العبد شيء، لأنه كالآلة، والقصاص والدية على السيد[٤]، وفي تعلق المال برقبة العبد وجهان: أصحهما: المنع، لأنه كالآلة المستعملة[٥].

ومنها: إذا قتل شخصاً على ظن أنه كافر، بأن كان عليه زِي الكفار، أو رآه يعظم آلهتهم فكان مسلماً، فإن كان في دار الحرب فلا قصاص، وعليه الكفارة لما تقدم أنها من خطاب الوضع، وفي الدية وجهان: أصحهما: لا تجب للجهل ووضوح العذر، وإن كان ذلك في دار الإسلام وجبت الدية والكفارة، وفي القصاص قولان: أظهرهما: الوجوب[٦].

ومنها: إذا قتل من عهده مرتداً وظن أنه لم يسلم وكان قد أسلم، نص على أنه يجب فيه القصاص[٧]، ونص فيما إذا قتل من عهده ذمياً أو عبداً وكان قد أسلم أو أعتق أنه لا يجب، فقيل في الجميع قولان، وقيل: بظاهر النصين[٨]، لأن المرتد يحبس فلا يُخَلَّى

---

(١) الحاوي١٣/ ٩٥، لأنه قصد موجبه فلزمه حكمه. المهذب ٢/ ٧٨.

(٢) كما لم يعد كافراً من تكلم بكلمة الكفر وأراد موجبه بالعربية. المهذب ٢/ ٧٨.

(٣) الروضة ٨/ ٥٦.

(٤) الأم ٦/ ٣٦.

(٥) الروضة ٩/ ٤٠.

(٦) الروضة ٩/ ٤٧، وقال في الروضة: فإن لم نوجب القصاص فهل الدية مغلظة أم مخففة على العاقلة؟ قولان.

(٧) الأم ٦/ ٣٢. قال: فإذا قامت لمرتد بينة أنه أظهر القول بالإيمان ثم قتله رجل يعلم توبته أو لا يعلمها فعليه القود، كما عليه القود في كافر أظهر الإيمان فلا يعلم إيمانه، وعبد عتق ولا يعلم عتقه ثم قتلهما فيقتل بهما في الحالين في بلاد الإسلام.

(٨) النص الثاني: قول الشافعي في الأم ٦/ ١٨: وهذا أشبه بمعنى العبد يعتق، ولا يعلم رجل بعتقه فيقتله فيغرم دية حر، والكافر يسلم ولا يعلم الرجل بإسلامه فيقتله فتكون ديته دية مسلم.

فقاتله مقصر، بخلاف الذمي والعبد، وقيل: يجب القصاص في الجميع، وهو الأظهر عن المتأخرين، وإن ثبت الخلاف، كما لو علم تحريم الزنى وجهل وجوب الحد، أما إذا عهده حربياً وظن أنه لم يسلم فقتله وكان قد أسلم، فمنهم من جعله كالمرتد، ومنهم من قطع بأنه لا قصاص، لأن المرتد لا يُخَلَّى والحربي قد يُخَلَّى بالمهادنة ويخالف الذمي والعبد فإن ظنه لا يفيد حل القتل، ولو ظنه قاتل أبيه فقتله فبان خلافه فقولان: أظهرهما: وجوب القصاص[1].

ومنها: المسألة المتقدمة في مباحث الأسباب اللفظية إذا وجب له القصاص في اليمين فقال: أخرج يمينك، فأخرج اليسار عمداً فقطعها على ظن أنها تجزىء عن اليمين، فالأصح فيها سقوط القصاص عن اليمين، ويعدل مستحقها إلى الدية، وتكون اليسار هدراً بالإباحة[2].

ومن صور هذه المسألة: ما إذا قال المقتص منه: دَهِشت فأخرجت اليسار وظني أني أخرجت اليمين، فللمقتص في فعله أحوال:

أحدها: أن يقول: ظننت أن المخرج قصد الإباحة، قال البغوي: فيجب القصاص كمن قتل رجلاً وقال: ظننت أنه أذن لي في القتل، قال الرافعي: وهو المتوجه[3].

والثاني: أن يقول: علمت أنها اليسار، وأنها لا تجزىء، فيجب القصاص على الأصح، لأنه لم يوجد من المخرج بذل[4].

والثالث: أن يقول: ظننت أن اليسار تجزىء فلا قصاص على المشهور، وفيه احتمال للإمام[5].

والرابع: أن يقول: ظننتها اليمين، فلا قصاص على المذهب وفيه وجه[6].

ومنها: إذا عفا أحد الورثة عن القصاص، فقتله الاخر جاهلاً بعفوه ففيه خلاف،

---

(١) الروضة ٩/ ١٤٧.

(٢) وبه قطع البغوي واختاره الشيخ أبو حامد والقاضي حسين. الروضة ٩/ ٢٣٥.

(٣) الروضة ٩/ ٢٣٦.

(٤) في النسخ: بدل، والصحيح ما أثبتناه وهو المذكور في الروضة ٩/ ٢٣٦.

(٥) المصدر السابق.

(٦) قال في الروضة ٩/ ٢٣٦: في جميع هذه الصيغ يبقى قصاص اليمين إلا إذا قال: ظننت أن اليسار تجزىء فإن الأصح سقوطه، وإذا سقط القصاص من الطرفين، فلكل واحد منهما الدية.

الأرجح وجوب القصاص كما في من قتل من عهده مرتداً وكان أسلم، وللمسألة تقسيم ليس هذا موضعه[1].

ومنها: إذا وكل شخصاً في استيفاء ماله من القصاص، وغاب، فعفا الموكل ثم اقتص الوكيل جاهلاً بعفوه، فالمذهب المنصوص عليه أنه لا قصاص[2]، وحكى الشيخ أبو محمد في السلسلة[3] قولاً مخرجاً أنه يجب - وضعفوه - وفي الدية قولان، فإن لم نوجبها، فتجب الكفارة على الأصح، والله أعلم[4].

---

(١) تفاصيل ذلك في الروضة ٩/٢١٦.

(٢) الأم ٦/١٨.

(٣) وهو كتاب في فروع الشافعية اسمه سلسلة الواصل سماه بذلك لأنه يبني فيه مسألة على مسالة ثم يبني المبني عليها على أخرى، اختصرها الشيخ شمس الدين محمد بن أحمد القرشي، المعروف بابن القماح المتوفى سنة ٧٤١هـ. كشف الظنون ٢/٩٩٦.

(٤) الروضة ٩/٢٤٨.

الفصل الثالث

فيما يتعلق بالإكراه[١]

وفيه أبحاث:

الأول

أطلق جماعة من أئمتنا في كتبهم الأصولية: أن المكره مكلف بالفعل الذي أكره عليه[٢]، ونقلوا الخلاف فيه عن المعتزلة[٣]، وفصل فخر الدين الرازي وأتباعه[٤] فقالوا: إن انتهى الإكراه إلى حد الإلجاء، كمن يحمل ويدخل به الدار فلا يتعلق به حكم، وإن لم ينته إلى ذلك فهو مختار، وتكليفه جائز عقلاً وشرعاً[٥].

---

(١) الإكراه: حمل الغير على ما لا يرضاه من قول أو فعل بحيث لا يختار مباشرته لو خلي ونفسه. كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٤/ ١٥٠٣، والتلويح على التوضيح ٢/ ١٩٦.

(٢) وذلك لأمور:

أ- أن المكره يتمتع بالأهلية الكاملة حيث لم يؤثر الإكراه على أهليته بالإزالة، لأنها ثابتة بالذمة والعقل والبلوغ، والإكراه لا يخل بشيء من ذلك.

ب- أنَّ المكره قادر على الفعل فهو مكلف لتحقق شرط التكليف وهو القدرة.

ج- ثبوت الخطاب في حق المكره حيث أفعاله مترددة بين فرض ورخصة وحرمة.

د- أنَّ رفع الإثم عن المكره في حالة الإكراه يستدعي وجوده، ووجوده يفرض قيام التكليف.

المستصفى ١/ ٨٥، والإحكام للآمدي ١/ ٢١٥، والإكراه وأثره في التصرفات للدكتور محمد سعدود المعيني ص ١٨٠ الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

(٣) المعتزلة قالوا: يمتنع تكليف المكره في الشيء المكره عليه بما هو عبادة، لا لأنه غير مقدور عليه، ولكن لعدم ثبوت الثواب، بناء على أصلهم في وجوب إثابة المكلف، والمحمول على الشيء لا يثاب عليه، لأنه أتى به لداعي الإكراه لا لداعي الشرع، وذهاب فائدة التكليف تقتضي ذهاب التكليف.

التمهيد للأسنوي ص ١١٦، والمسودة لآل تيمية ص ٣١، والإكراه وأثره في التصرفات ص ١٧٩.

(٤) أتباع الرازي هم الذين شرحوا كتابه المحصول والذين اختصروه، فقد شرحه كل من: شهاب الدين القرافي وشمس الدين الأصبهاني واختصره كل من الإمام سراج الدين الأرموري في كتابه التحصيل والإمام تاج الدين الأرموري في كتابه الحاصل وشهاب الدين القرافي في كتابه تنقيح الفصول والقاضي عبدالله بن عمر البيضاوي في كتابه المنهاج. الوجيز في أصول الفقه لمحمد حسن هيتو ص ٢٣.

(٥) المحصول ١/ ق٢/ ٤٤٩.

ومَثَّلَ الآمدي الإلجاء: بأن يصل إلى حد الإضطرار، ويصير نسبة ما يصدر عنه نسبة حركة المرتعش[1]، وهذا أوسع مجالاً من المثال المتقدم، ويكون ذلك بقوة الفعل المقتضي للإكراه من الضرب ونحوه.

ومعتمد الأصحاب ـ في أن المكره مكلف ـ أن الإمكان والتمكن إذ حصلا صح التكليف، وهما حاصلان للمكره حالة الإكراه، لأن الفعل الذي أكره عليه يمكن إيقاعه وهو قادر عليه، وإن كان الداعي إليه شيئاً آخر فلا يمنع صدوره منه وجود الإكراه.

وينبني على هذا إكراه الحربي والمرتد عن الإسلام، فإنه يعتد بذلك منهما، وإن كان من تحت السيف، ولإمام الحرمين عليه إشكال[2].

وقال الغزالي: الامتثال إنما يكون طاعة، إذا كان الانبعاث إليه بباعث الأمر والتكليف، دون باعث الإكراه، فإن أقدم للخلاص من سيف المكره، لم يكن مجيباً داعي الشرع، وإن انبعث بداعي الشرع بحيث كان يفعله لولا الإكراه لم يمتنع وقوعه طاعة وإن وجد في صورة التخويف[3].

قلت: وبقي هنا قسم ثالث وهو أن يكون الباعث مجموع الأمرين، ونظر الفقيه إنما هو في الاعتداد بذلك ظاهراً وترتب الحكم الشرعي لا في نفس الأمر، لأن ذلك مبني على ما يطلع الله تعالى عليه من إخلاص وعدمه أو اشتراك، والله أعلم[4].

---

(١) الإحكام للآمدي ١/ ٢٢١.

(٢) قال إمام الحرمين: إذا أكره الحربي على الإسلام فنطق بالشهادتين تحت السيف، حكم بإسلامه، اتفقت الطرق على هذا مع ما فيه من الغموض من جهة المعنى، لأن كلمة الشهادتين نازلتان في الإعراب عن الضمير منزلة الإقرار والظاهر ممن يقولها تحت السيف أنه كاذب في اختياره والله أعلم. المجموع ٩/ ١٥٩.

(٣) المستصفى ١/ ٨٥، والمنخول ص ٣٢.

(٤) للاطلاع على موضوع الإكراه بشكل أوسع تراجع المصادر الآتية: المبسوط ٢٤/ ٣٨، والمستصفى ١/ ٥٨، والتمهيد ص ١١٦، وكتاب الإكراه وأثره في التصرفات ص ١٧٩، والموسوعة الكويتية ٦/ ٩٨.

الثاني

اختلفت عبارة الأصحاب فيما به يحصل الإكراه ويتحصل منه وجوه[1]:

أحدها: أنه التخويف بالقتل فقط[2].

والثاني: به أو بقطع طرف أو ضرب يخاف منه الهلاك[3].

والثالث: أنه يلحق بذلك أيضاً الضرب الشديد والحبس وأخذ المال وإتلافه والاستخفاف بالأماثل وإهانتهم على ملأ من الناس[4]، لكن التخويف بالقتل والقطع لا يختلف باختلاف الناس، بخلاف التهديد بالضرب والحبس والاستخفاف، وكذلك أخذ المال عند المحققين، وهذا اختيار جمهور العراقيين وصححه الرافعي[5].

والرابع: أنه لا يحصل إلا إذا خوفه بما يسلب الاختيار، ويجعله كالهارب من الأسد، فيخرج عنه التخويف بالحبس وأخذ المال وكذلك بالإيلام الشديد، لكن لو فعل به بعضه كان إكراهاً على هذا الوجه[6].

والخامس: أنه لا يحصل إلا بعقوبة تتعلق ببدن المكره خاصة، بحيث لو أوقعه به تعلق به القصاص، وهو اختيار القاضي حسين، لكن ألحق به التهديد بحبس في قعر بئر يبلغ منه الموت دون مطلق الحبس[7].

والسادس: إنما يحصل التخويف بعقوبة شديدة تتعلق ببدنه، فيخرج عنه الاستهانة وأخذ المال ونحو ذلك[8].

والسابع ـ وهو اختيار النووي ـ: أن ضابطه الإكراه على فعل يؤثر العاقل الإقدام عليه

---

(١) لخص هذه الوجوه جميعاً النووي في الروضة ٨/ ٨٥، السيوطي في الأشباه والنظائر ص ٣٧٠.

(٢) وبه قال الحناطي وإمام الحرمين.

(٣) وإليه ذهب أبو إسحاق المروزي.

(٤) وإليه ذهب ابن أبي هريرة وصححه الشيخ أبو حامد، وابن الصباغ، وغيرهما. الروضة ٨/ ٥٨-٥٩.

(٥) الروضة ٨/ ٥٩.

(٦) قال الإمام: لو فوتح به احتمل جعله إكراهاً. الروضة ٨/ ٥٩.

(٧) هذا هو الوجه السادس الذي ذكره النووي وقال: فيخرج عنه ما لا يتعلق ببدنه كأخذ المال وقتل الولد والوالد والزوجة والضرب الخفيف والحبس المؤبد. الروضة ٨/ ٩٠.

(٨) ويدخل فيه القتل، والقطع، والضرب الشديد، والتجويع، والعطش، والحبس الطويل واستبعد الإمام من هذا الوجه دخول الحبس وخروج قتل الولد. الروضة ٨/ ٦٠.

حذراً مما تهدد به، وذلك يختلف باختلاف الأشخاص، والأفعال المطلوبة، والأمور المخوف بها، فقد يكون الشيء إكراهاً في شيء دون غيره في حق شخص دون آخر[١].

فالإكراه على الطلاق، يكون بالتخويف بالقطع، والحبس الطويل، وبالضرب الكثير، وكذلك المتوسط لمن لا يحتمله بدنه ولم يعتده، وبتخويف ذوي المروءة بالصفع في الملأ، وتسويد الوجه ونحوه، وكذلك التخويف بقتل الوالد أو الولد في حق عموم الناس على الصحيح، وبقتل ابن العم لا يقتضي إكراهاً، وفي غيرهما من المحارم وجهان، وفيه نظر، بل ينبغي أن يكون التخويف بقتل الأقارب سوى الوالد والولد مما يختلف باختلاف الأشخاص.

وكذلك أيضاً قالوا: إن التخويف بأخذ المال ليس إكراها في حق الطلاق وفيه أيضاً نظر، لأن المال[٢] إذا عظم خطر القدر المهدد به بالنسبة إلى المكره ينبغي أن يكون إكراهاً.

وأما الإكراه على الكفر والقتل وغير ذلك من الكبائر فلا يكون بالتهديد بالحبس وإتلاف المال على هذا الوجه، وكذلك قالوا في قتل الولد: وفيه نظر.

وإن كان الإكراه على بيع، أو شراء، أو إتلاف مال لأجنبي، فالتخويف بجميع ذلك إكراه.

ومنهم من استثنى التخويف بأخذ المال فقال: لا يكون إكراها في إتلاف المال، وهو ضعيف[٣].

وأما التهديد بالنفي عن البلد، فإن كان فيه تفريق بينه وبين أهله، فهو كالحبس الدائم، وإن لم يكن ذلك، فوجهان، والأصح أنه إكراه، لأن مفارقة الوطن شديدة، ولذلك جعل التغريب عقوبة للزاني[٤] وهذا يقتضي أن النفي إنما يكون إكراهاً فيمن كان عن وطنه[٥].

---

(١) الروضة ٨/ ٦٠.

(٢) عبارة: (ليس إكراهاً . . . لأن المال) مكررة في أ، ب.

(٣) الروضة ٨/ ٦٠.

(٤) أي غير المحصن، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفي عام وإقامة الحد عليه. صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١٢/ ١٥٧.

(٥) المهذب ٢/ ٧٨، والروضة ٦/ ٦٠.

وأما تهديد المرأة بالزنى فقال المراوزة: لا يكون إكراهاً، وقال العراقيون: إن قصد بذلك الشناعة عليها، وإظهاره للناس، فهو إكراه ينبغي أن يكون ذلك يختلف بالأشخاص.

وجعل البغوي التخويف باللواط كالتخويف بإتلاف المال وتسويد الوجه، فقال: لا يكون ذلك إكراهاً على القتل والقطع، وفي كونه إكراهاً في الطلاق والعتاق وإتلاف المال وجهان[1].

قلت: وينبغي أن يلحق بالزنى في حق المرأة، بل هو أشنع منه، وأولى بأن يكون إكراهاً، فهذا التفصيل كله على الوجه الذي اختاره النووي رحمه الله.

ولا بد في ذلك كله من أمور[2]:

أحدها: أن يكون المكرِه قادراً على تحقيق ما يهدد به، إما لولاية، أو تغلب، أو فرط هجوم.

وثانيها: أن يكون المكرَه عاجزاً عن الدفع عن نفسه، إما بمقاومته، أو استعانته بالغير أو فرار، فمتى قدر على شيء من ذلك فلم يفعله لم يكن مكرها.

وثالثها: أن يكون الأمر المهدد به مما يحرم على المكره تعاطيه منه، فلو قال ولي القصاص للجاني: طلق امرأتك وإلا اقتصصت منك، لم يكن ذلك إكراهاً.

ورابعها: أن يكون المهدد به عاجلاً، ويغلب على ظن المكلف بأنه يوقعه به ناجزاً إن لم يفعل ما أمره به، فلو قال: أقتلك غدا أو نحو ذلك لم يكن إكراهاً والله أعلم[3].

---

(١) الروضة ٨/ ٦٠.

(٢) ذكر ثلاثة منها الشيرازي في المهذب ٢/ ٧٨، وذكرت في الروضة ٨/ ٥٨، وكذلك في كفاية الأخيار ٢/ ١٩٧.

(٣) أضاف السيوطي في الأشباه والنظائر ص ٣٧١-٣٧٢ شرطين آخرين، وهما:
أ- أن يكون معيناً.
ب- أن يحصل بفعل المكره عليه التخلص من المتوعد به.

الثالث

قال الغزالي في البسيط: الإكراه يسقط أثر التصرف عندنا إلا في خمسة مواضع[1]:

الأول: الإسلام، فإنه يجوز إكراه الحربي عليه، ويصح إسلامه[2]، وفي إسلام الذمي المكره خلاف[3]، والأصح أنه لا يصح.

الثاني: الإرضاع، فلا يخرجه الإكراه عن كونه محرماً، لأنه منوط بصورة وصول اللبن إلى الجوف لا بالقصد.

الثالث: القتل يوجب القصاص على أحد القولين، لأن الإكراه لم يدفع الإثم.

الرابع: المكره على الزنى في أحد القولين، لأن حصول الانتشار دلالة على الاختيار، فإنه لا يحصل بالإكراه، ومأخذ القولين التردد في تصور الإكراه[4].

---

(١) المجموع ٩/ ١٦٠، والأشباه النظائر ص ٣٦٢.

(٢) الأم ٦/ ١٤٩، والمجموع ٩/ ١٥٩.

(٣) قيل: لا يصح وإليه ذهب أبو إسحاق الشيرازي وآخرون، وقيل: وجهان حكاهما إمام الحرمين والغزالي. المجموع ٩/ ١٥٩.

(٤) بعد كلمة الإكراه ورد الكلام الآتي في هامش النسخة ب: (**قلت**: كذا ذكروه وهو في غاية الإشكال، إذ الشخص قد يكون قوي الشهوة شديد الغُلمة لا يمكنه دفع الانتشار، لكن خوفه من الله يمنعه من الوقوع بالزنى وقد فعله مكرهاً، فالانتشار ليس من لازمه الاختيار، وقد وقع لي حال الشباب من قوة الشهوة ما لا يعبر عنه حتى كاد يمضي علي غالب الليل لا يدنيني النوم من قوة الانتشار ودوامه، ما أمكنني دفعه قط، وكنت أعصب وحصل لي من العصب الضرر الظاهر، وأمسكت من الزنى خوفاً من الله، وشربت الكافور ولم تنقطع الشهوة، وتزوجت بعد ذلك فكنت إذا دخلت الدار في رمضان نهاراً لا أقرب الزوجة خوفاً من الوقوع عليها... الشهوة وإلا.... هذا دليل واضح على.... من الانتشار.... كذا أفهم). انتهى الهامش.

وهل هذا الكلام هو كلام العلائي أو كلام الناسخ أو كلام شخص آخر وقعت بيده هذه النسخة؟ الذي أرجحه أن هذا الكلام كلام شخص آخر وذلك لأن الخط الذي كتبت به يختلف عن خط النسخة العام، فهو بخط رفيع جداً، بينما الخط الذي كتبت به النسخة أعرض، والناسخ عندما يكتب في الهامش كلاماً ساقطاً أو يصحح كلمة يكتبه بنفس الخط لا يختلف شيئاً.

وهذا الإشكال الذي ذكر أورد مثله السرخسي في المبسوط ٢٤/ ٨٩ فقال: والحد مشروع للزجر ولا حاجة إلى ذلك في حالة الإكراه لأنه منزجر، وإنما كان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لاقتضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحد عنه، ثم قال: وانتشار الآلة لا يدل على انعدام الخوف، فقد تنتشر الآلة طبعاً بالفحولة التي ركبها الله تعالى في الرجال، وقد يكون ذلك طوعاً ألا ترى النائم تنتشر آلته طبعاً من غير اختيار له في ذلك ولا قصد.

الخامس: إذا علق الطلاق على الدخول فأكره عليه، ففيه قولان، مأخذهما أن الصفة لا يشترط فيها قصد بل يكفي الاسم.

ثم قال: والاستثناء على التحقيق يرجع إلى الإسلام فقط، وإلى القتل على قول، وأما ما عداه فسببه عدم تصور الإكراه، وعدم اشتراط القصد، انتهى كلامه.

وقد بقيت مسائل أخرى[1]:

منها: لو أكره المصلي حتى فعل أفعالاً كثيرة، فإن صلاته تبطل قطعاً، فالإكراه متصور هنا والقصد غير مشترط.

ومنها: إذا أكره المصلي أيضاً على التحول عن القبلة أو على ترك القيام في الفريضة مع القدرة عليه فإنه يلزمه الإعادة، لأنه عذر نادر وهي كالتي قبلها.

ومنها: إذا أكره على الكلام في الصلاة فتكلم فقولان، أصحهما: تبطل صلاته[2].

ومنها: إذا أكره الصائم على الأكل وغيره من المفطرات، فقولان: والأصح أنه لا يفطر والله أعلم.

الرابع

الإكراه الذي يسقط أثر التصرفات هو ما يكون بغير حق، فأما إذا كان بحق فلا ريب في رفع الإثم عن المكره، وصحته من المكره إذا تعاطاه وفيه صور:

منها: ما تقدم من إكراه الحربي أو المرتد على الإسلام، وفي الذمي طريقان.

منهم من قطع بعدم صحته.

ومنهم من حكى وجهين: وأصحهما كذلك أيضاً، لأن عقد الذمة يقتضي تقريره.

ومنها: إذا وجب القتل على أحد حداً أو قصاصاً لمن يعجز عن الاستيفاء بنفسه، وكذلك الجلد والقطع، وامتنع الحاضرون كلهم عن تعاطيه، فعين الإمام لذلك واحداً

---

(١) أ: أخر، قال النووي في المجموع ٩/ ١٦٠: وقوله ـ أي الغزالي ـ إنه إنما يستثني هذه الخمسة يرد عليه مسائل... إلخ، ذكر المسائل التي سيذكرها المصنف هنا، وقال السيوطي: ذكر النووي في تهذيبه أنه يستثني مائة مسألة لا أثر للإكراه فيها ولم يعددها، ثم قال: وطالما أمعنت النظر في تتبعها حتى جمعت منها جملة كثيرة وقد رأيت الإكراه يساوي النسيان، ثم سرد جملة من المسائل بلغت حوالي خمسين مسألة. والأشباه والنظائر ص ٣٦٢-٣٦٥.

(٢) وبه قطع البغوي. المجموع ٤/ ٨٠.

وأصر على الامتناع من غير عذر ظاهر، فللإمام أن يكرهه على ذلك، وإذا فعله مكرها وقع الموقع، لأن النية غير مشترطة فيه.

ومنها: إذا امتنع من فعل الصلاة تكاسلا مع الاعتراف بوجوبها، قال المزني: يعزر ويحبس حتى يصلي، فهو إكراه على الفعل[١].

وقال الجمهور ـ وهو الصحيح ـ: يقتل على ذلك بعد الاستتابة[٢] فلو صلى عند التهديد بالقتل كان مرتباً على الإكراه في المعنى.

وقال ابن سريج: ينخس بحديدة أو يضرب بخشبة، ويقال له: صل وإلا قتلناك، ولا يزال يكرر عليه ذلك حتى يصلي أو يموت[٣].

وهذا هو الإكراه بعينه[٤]، ويلحق بهذه الصورة، كل من امتنع من عبادة واجبة تعينت عليه فأكره على فعلها، كالوضوء وصلاة الجمعة إذا قلنا: لا يقتل بهما، وأركان الصلوات وفعل الصوم وأداء الزكاة وأشباه ذلك.

ومنها: إذا أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه أو بعده، أو كن كتابيات يحل نكاحهن، فيجب عليه اختيار أربع منهن وتعيين ذلك، لتقع الفرقة للباقيات، فإن امتنع من ذلك أجبره القاضي على ذلك، وأكرهه بالحبس والتعزير بما يراه من الضرب وغيره حتى يفعله، ولا يقوم غيره مقامه، لأن ذلك راجع إلى شهوته، فإذا فعله مع الإكراه وقع الموقع قطعاً.

ومنها: إذا امتنع المولي بعد مضي المدة من الفيئة أو الطلاق فقولان:

الجديد: أن القاضي يطلق عليه.

والقديم: أن الحاكم يحبسه ويعزره إلى أن يفيء أو يطلق[٥].

---

(١) المجموع ٣/ ١٦، وقال النووي: وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأتباعه وجماعة من أهل الكوفة.

(٢) أ: الاستتابة، قال النووي: وبه قال مالك والأكثرون من السلف ثم قال والرأي الثالث: يكفر ويجري عليه أحكام المرتدين في كل شيء، وهو مروي عن علي بن أبي طالب وبه قال ابن المبارك وإسحاق بن راهويه وهو أحد الروايتين عن أحمد. المجموع ٣/ ١٥.

(٣) فتح العزيز ٥/ ٢٨٦، والمجموع ٣/ ١٥.

(٤) للإطلاع على تفاصيل حكم تارك الصلاة تراجع المصادر الآتية: الوسيط ٢/ ٨٣٢، وفتح العزيز ٥/ ٢٨٦، والمجموع ٣/ ١٣-١٦، وبداية المجتهد ١/ ٩١، والمغني ٢/ ٤٤٢، وشرح فتح القدير لابن الهمام ١/ ٣٥٥.

(٥) المجموع ٩/ ١٦٠.

ومنها: إذا باع عبداً بشرط العتق، وصححناه على الأصح، فامتنع المشتري من العتق، وفرعنا على أن العتق حق لله تعالى ـ وهو الأصح ـ قال صاحب التتمة: يتخرج على الخلاف في المولي إذا امتنع من الطلاق، فيعتقه القاضي على قول، ويحبسه حتى يعتق على قول.

وقال الإمام: فيه احتمالان أحدهما: هذا[1].

والثاني: يتعين الحبس، يعني حتى يعتقه[2].

ومنها: إذا امتنع من الإنفاق على رقيقه وبهيمته، فإن الإمام يجبره على بيعه أو صيانته من الهلاك بالعلف، فإن لم يفعل ولم يكن له مال، كلف ببيع البعض منه للإنفاق على الباقي، وهل يكرهه القاضي عليه أو يبيع عليه؟ فيه ما تقدم في المولي إذا امتنع.

والمذكور في الرافعي والروضة أن القاضي يبيع عليه[3]، وكذلك جزما في الرهن إذا امتنع من الوفاء أو بيع الرهن عند حلول الدين، أن الحاكم يبيع ذلك عليه، والله أعلم.

الخامس

الإكراه يكون على ترك فعل، وعلى فعل شيء، وكل منهما يكون متعلقاً للأحكام الخمسة.

فالإكراه على ترك المباح لا يترتب عليه شيء، وكذلك على ترك الحرام والمكروه، وكذلك على ترك المندوب، والنظر إنما هو في ترك الواجب، وذلك يكون تارة بالمنع منه رأساً، وتارة بإفساده، أو المنع من بعض أركانه.

وأما الفعل: فالإكراه على فعل الواجب تقدم حكمه[4]، وعلى فعل المندوب والمكروه لا يخفى أمره وهو سهل، والذي يتصدى النظر فيه الإكراه على فعل المحرم، كالكفر والقتل والزنى وشرب الخمر وأكل الميتة والحكم بالباطل وشهادة الزور وإتلاف مال الغير وأشباه ذلك.

---

(١) أي تخريجه على القولين كما قال صاحب التتمة.

(٢) المجموع ٩/ ٣٦٥.

(٣) الروضة ٩/ ١١٩-١٢٠.

(٤) في البحث الرابع.

والإكراه على فعل المباح، كالبيع والإجارة والطلاق والخلع والرجعة والعتق والأيمان فيها وما أشبه ذلك، وتعاطي ما أكره عليه الشخص راجع إلى القاعدة المتقدم ذكرها في اجتماع المفاسد، أنه يدفع الأعظم منها باحتمال الأخف، وعلى هذا الضابط يرجع إلى ما تقدم في حد الإكراه وما يحتمل بسببه، وبيانه في صور:

إحداها: الإكراه على الكفر إما بالقول أو بالفعل، أما القول فيجوز التلفظ به تقية شرط أن لا يساعد القلب بالاعتقاد، بل يكون مستمراً على عقد الإيمان، كما ذكر ذلك القرآن[1] العظيم، ولكن هذا الاستمرار هل هو باستحضار البقاء على الإيمان حالة التلفظ بالكفر مكرها، أو يكفي فيه الاستصحاب الحكمي؟ فيه وجهان ذكرهما الماوردي في الحاوي[2] وهما مأخوذان من أن قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦] هل المراد به الطمأنينة. بالفعل المستحضرة في تلك الحالة أو بالقوة المستصحبة، والأصح أن الأفضل له أن يثبت ولا يجيب إلى ذلك وإن أدى إلى قتله[3]، وفيه وجهان آخران:

أحدهما: أنه يجب التلفظ دفعاً للهلاك عن نفسه، وقال الإمام: هو ضعيف جداً.

والثاني: إن كان يتوقع منه النكاية في العدو، أو القيام بأحكام الشرع، فالأفضل أن يتكلم بها، وإلا فالأفضل الامتناع، وهنا صورة أخرى لم أر من تعرض لها، وهي: أن يكون المكره ممن يقتدي العوام به ويتبعونه في ذلك التلفظ، ولعل كثيراً منهم لا يعرف التقية ويفتتن بإجابة هذا فيجيب بقلبه، والظاهر أنه يحرم عليه في هذه الصورة الإجابة، لما يترتب عليها من المفاسد العظيمة، وتكون هذه الصورة مخصصة لعموم الآيات بالمعنى[4].

وأما الإكراه على الكفر بالفعل كالسجود للصنم فقد ألحقها الشيخ عز الدين بالتلفظ به[5].

---

(١) قال تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦].

(٢) الحاوي ١٦/٤٣٨.

(٣) وذلك لما فيه من إعزاز الدين وإجلال رب العالمين، وقد نقل القرطبي في تفسيره ١٠/ ١٢٤ الإجماع على أفضلية من اختار القتل على من اختار الرخصة، وأنه أعظم أجراً عند الله تعالى.

(٤) انظر هذه المسألة وتفاصيلها ووجوهها في الروضة ٩/ ١٤٢و ١٠/ ٧٢، والتمهيد للأسنوي ص ١١٩، وقواعد الأحكام ١/ ٨٤، وأحكام القرآن للكياهراسي ٣-٤/ ٢٤٦.

(٥) قواعد الأحكام ١/ ٨٤.

وكلام المتقدمين كالإمام والغزالي والرافعي: إذا أكره على التلفظ بكلمة الكفر فيحتمل أن يكون ذلك على وجه المثال ولا فرق، ويحتمل أن تكون تقييداً يقتضي مفهومه أن الكفر بالفعل بخلافه، فقد حكي الخلاف في ذلك في غير المذهب.

وثانيتها: الإكـراه على القتـل، والإجماع على أنه لا يباح به، وغايته أن يكره عليه بالقتل، فيكون قد فدى نفسه بقتل المسلم بغير حق، ولا يجوز له، وفي القصاص ثلاثة أقوال:

أحدها: يجب على المكرِه تنزيلاً للمكرَه منزلة الآلة.

والثاني: يختص به المكره لأنه المباشر، قال الإمام: وهو معتضد بالفقه والقياس.

والثالث ـ وهو الأصح ـ: يجب عليهما جميعاً[1].

وثالثتها: الإكراه على الزنى، وقد منع تصوره بعض أصحابنا، لأن الإيلاج إنما يكون مع الانتشار وذلك يدل على القصد، والصحيح أنه يتصور، لأن الانتشار وإن كان لا يصدر إلا عن انبساط شهوة، فالمعتمد في الزنى إنما هو الإيلاج، وذلك مترتب على الإكراه، واتفقوا على أنه يحرم تعاطيه، لأن مفسدته أفحش من الصبر على القتل، واختلفوا في الحد وفطر الصائم به، والأصح انه لا يفطر ولا يجب عليه حد لشبهة الإكراه، وللحديث المتقدم: «إن الله تجاوز لي عن أمتي» الحديث[2].

وكذلك في سقوط حضانة المكرهة وجهان، ومنهم من خصهما بما إذ أكرهت حتى مكنت، وقطع فيما إذا شدت ووطئت أنه لا تسقط حضانتها، وهو الأقوى، إذ لا خلاف في أنها غير مكلفة في هذه الحالة.

ورابعتها: الإكراه على إتلاف مال الغير ظلماً، ويجوز ذلك إذا كان الإكراه بشيء أعظم من المال المتلف، لا إن كان بإتلاف لمالِ المكره بقدر ذلك المال أو يزيد عليه زيادة قريبة، لأنه يكون قد وقى ماله بمال الغير، وفي الضمان أوجه:

أحدها: على المكره المباشر.

---

(١) تفاصيل هذه المسألة في الحاوي ١٥/ ٢٢٠، وذكر الماوردي فيها حكم ما إذا كان الآمر إماماً ملتزم الطاعة أو متغلباً نافذ الأمر أو مساوياً.

(٢) تقدم تخريجه.

والثاني: على المكره ولا يطالب المباشر.

والثالث: عن القاضي أبي الطيب: أنهما شريكان فيجب عليهما.

والأصح أن المالك يطالب من شاء منهما، لكن إذا غرم المتلِف رجع على من أكرهه، ولكل من المكره وصاحب المال مدافعة المكره وإن أتى على دمه كان هدراً، وليس لصاحب المال دفع المكره المباشر عنه بل يلزمه أن يقي ذلك بمال نفسه كما في الطعام للمضطر[١].

وخامستها: الإكراه على القذف، ولم أر من تعرض إليها بخصوصها من أصحابنا،[٢] وفي كتب الحنفية أنه يباح بالإكراه ولا يجب به حد، وهو الذي تقتضيه قواعد المذهب[٣].

وسادستها: شرب الخمر، والأصح أنه يباح بالإكراه وفيه وجه انه يجب، وهو قول إذا كان الإكراه بإتلاف نفس ونحو ذلك، لأن مفسدة شرب الخمر أخف من فوات الروح أو فوات عضو مقصود[٤].

ومثله تناول الميتة بل هي أولى بالوجوب، إذ لا حد فيها ولا يفسد العقل.

وسابعتها: قال الشيخ عز الدين: لو أكره بالقتل على شهادة زور أو حكم بباطل، فإن كان ذلك يتضمن القتل أو قطع عضو أو إحلال بضع محرم لم تجز الشهادة ولا الحكم به[٥]، وإن كان يتضمن إتلاف مال لزمه ذلك حفظاً لمهجته، كما يلزمه حفظها بأكل مال الغير[٦].

---

(١) ب: إطعام المضطر، وانظر ذلك في الروضة ٩/ ١٤٢-١٤٣.

(٢) (وقد حكى البغوي فيها وجهين واختار أنه يجب عليه الحد إذا كان المكره هو المقذوف وقال النووي: الصواب أن لا حد عليه وضعف قول البغوي) الروضة ٩/ ١٣٨ و١٠/ ١٠٧.

(٣) نقل السيوطي في الأشباه والنظائر ص ٣٦٧ قول العلائي: (ولم أر من تعرض... قواعد المذهب) ثم قال: (قلت: قد تعرض له ابن الرفعة في المطلب فقال: يشبه أن يلتحق بالتلفظ بكلمة الكفر ولا نظر إلى تعلقه بالمقذوف لأنه لم يتضرر به).
أقول: وكذلك تعرض له البغوي والرافعي. الروضة ٩/ ١٣٨.

(٤) قواعد الأحكام ١/ ٨٨.

(٥) لأن الاستسلام للقتل أولى من التسبب في قتل مسلم بغير ذنب أو قطع عضو بغير جرم أو إتيان بضع محرم.

(٦) قواعد الأحكام ١/ ٨٠.

وثامنتها: إذا أكره المصلي على فعل يناقض الصلاة، كالأفعال الكثيرة وجبت الإعادة، وفي الكلام قولان، والأصح البطلان لأنه عذر نادر[1]، والذي لا يقتضي البطلان الأعذار العامة، وجعلوا فائدة الإكراه رفع الإثم لا رفع الحكم، وكأنهم نظروا إلى سهولة استئناف الصلاة بخلاف الصوم، فصحح الأكثرون: أنه لا يبطل بالأكل والشرب وسائر المنافيات مكرهاً، وكذلك الجماع أيضاً، وصحح الرافعي في المحرر البطلان، كما في الصلاة، وخالفه النووي[2].

وأما الكفارة على الجماع في الصوم، فهي مبنية على أنه هل يتصور الجماع عن إكراه؟ فإن قيل لا يتصور، أفطر ولزمته الكفارة، وأما على الأصح: فلا كفارة، وإن قلنا يفطر، لأنها إنما تجب على من أفطر بجماع تام أثم به لأجل الصوم، وهذا لم يأثم بهذا الجماع[3].

قال الماوردي: ولو شد الرجل وأدخل ذكره في فرج المرأة بغير اختياره فإن لم ينزل فصومه صحيح، وإن انزل فوجهان: فإن قلنا يفطر ففي الكفارة وجهان[4].

قال النووي: ينبغي أن يكون الأصح أنه إن حصل الإنزال بفكرة منه وتلذذ أنه يفطر، وإلا فلا[5].

وكذلك إذا وقع الجماع في الإحرام مكرها، ينبني على ما تقدم من الخلاف في تصوره، وعلى الأصح لا يفسد به[6].

وإكراه المحرم على قتل الصيد كالإكراه على إتلاف مال الغير[7].

ولو حلق رأسه مكرهاً، فالصحيح أن الفدية على الحالق، ولا يطالب المحلوق بشيء، وفيه قول إنها تجب على المحلوق ابتداء ثم يطالب بها الحالق.

---

(١) الروضة ١/ ٢٩٠.
(٢) الروضة ٢/ ٣٦٣.
(٣) المصدر السابق.
(٤) الحاوي ٣/ ٢٨٢-٢٨٣.
(٥) المجموع ٦/ ٣٢٦.
(٦) الروضة ٣/ ١٤٣.
(٧) الروضة ٣/ ١٥٤.

وتاسعتها: الإكراه على البيع والإجارة ونحوهما من العقود، ومتى كان بغير حق لم ينعقد، وتقدم[1] فيما إذا كان بحق وجهان:

أحدهما: أنه يجبر عليه ويصح مع الإكراه.

والثاني: أن الحاكم يباشر ذلك عنه، أو ينصب من يفعله، وجزم في الروضة في باب الرهن بأن الحاكم يبيع عليه[2]، وقال في شرح المهذب: قال القاضي أبو الطيب والأصحاب: القاضي بالخيار، إن شاء باع ماله بغير إذنه لوفاء الدين، وإن شاء أكرهه على بيعه وعزره بالحبس وغيره حتى يبيعه[3].

وهذا إذا كان الإكراه بحق على بيع نفس المال.

فأما المصادر ظلماً إذا اضطر إلى بيع شيء ليؤدي ثمنه فيما يطلب منه، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح، كالمكره.

وأصحهما: الصحة، لأن الإكراه ليس على نفس البيع[4]

وحكى ابن أبي الدم: أن القاضي أبا منصور سأل عمه[5] أبا نصر بن الصباغ عن ذلك فقال: إن كان له مال غير الذي باعه صح البيع، وإن لم يكن له مال سوى الذي باعه ففي صحته وجهان[6].

وعاشرتها: الإكراه على الإقرار، والمشهور في كتب المذهب أنه لا أثر له، كالبيع والشراء من المكره، وذكر الماوردي في الأحكام السلطانية[7]: أن المتهم إذا ضربه الوالي ليصدق فاقر تحت الضرب قطع ضربه وسأله ثانياً، فإن أعاد الإقرار أخذ بما أقر به، فإن كان ضربه ليقر فلا أثر لإقراره[8]، واستشكل النووي ذلك، لأنه بالضرب قريب

---

(١) ص

(٢) الروضة ٤/٨٨.

(٣) الروضة ٩/١٥٩.

(٤) المجموع ٩/٤٦ و ١٦١.

(٥) طبقات الأسنوي ٢/ ١٣٢.

(٦) أدب القضاء ٢/٣٢٨.

(٧) الأحكام السلطانية في الولايات الدينية: كتاب جليل في النظم الإدارية والاجتماعية والسياسية تناول فيه الماوردي عشرين باباً في الإمامة والوزارة والقضاء والمظالم وغيرها، طبع عدة طبعات وترجم إلى عدة لغات. مقدمة طبعة بغداد سنة ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.

(٨) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٣٣٤ طبعة دار الحرية للطباعة ـ بغداد ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م، =

من المكره، لا سيما إذا غلب على ظنه أنه يعاد الضرب عليه لو أنكر[١]، وهذا الذي قاله صحيح، ولا ينبغي أن يكون لهذا الإقرار أثر.

حادي عاشرتها: الإكراه على الطلاق والعتق، واتفق الأصحاب على أنهما لا يقعان به، إلا إذا كان ذلك بحق، كما تقدم في صورة المولي والبيع بشرط العتق، وقد استدرك الرافعي قولهم: إنَّ صورة المولي تستثنى، فإن المولي لا يؤمر بالطلاق على التعيين، بل بأحد الشيئين إما الفيئة أو الطلاق[٢] فلا أثر لذلك، كما إذا أكره على طلاق إحدى امرأتيه، فطلق واحدة بعينها، فإنه يقع، والقاضي حسين منع عدم تصور الإكراه في هذه الصورة وقال: لا يقع، لأن الإكراه متحقق فيها، ولا محيص له عن واحدة منهما، وتبعه على ذلك الشيخ عز الدين، ولم ير أن الإبهام يسقط أثر الإكراه[٣].

وعمدة الجمهور في الطلاق، أنه لما عدل عن إبهام الطلاق بينهما إلى تعيين واحدة منهما كان مختاراً، كما إذا أكره على طلقة واحدة فطلق ثلاثاً، أو على طلاق واحد وطلق اثنتين، أو على تعليق الطلاق فنجزه، فإنه يقع في ذلك كله[٤].

واختلفوا فيما إذا قدر على التورية أو الاستثناء بقلبه ولم يفعل، فالأصح: أنه لا يشترط ذلك، وبالغ بعض الأصحاب فقال: لا يقع إذا أكره، وإن نوى إيقاع الطلاق بقلبه لكن الأصح أنه يقع في هذه الصورة[٥].

وأما الإكراه على الخلع فهو كالطلاق سواء، ولا يلزمه فيه المال إذا كانت الزوجة مكرهة، وقالوا: إنه يتصور الإكراه لها من الزوج بالضرب ونحوه، وبمنعها حقها على وجه،وكذلك بمنعه القسم أيضاً، على قول حكاه الماوردي[٦]،وشرط ذلك كله أنْ لا يمكنها الاستعانة كما تقدم[٧].

= والروضة ٤/ ٣٥٥.

(١) الروضة ٤/ ٣٥٦.

(٢) الروضة ٨/ ٥٦.

(٣) قواعد الأحكام ١/ ٨٢.

(٤) لأنهم قالوا: إنما يندفع الطلاق بالإكراه إذا لم يظهر ما يدل على اختياره، فإن ظهر بأن خالف المكره وأتى بغير ما حمل عليه حكم بوقوع الطلاق. الروضة ٨/ ٥٦.

(٥) الروضة ٨/ ٥٧-٥٨.

(٦) الحاوي ١٢/ ٢٥٩.

(٧) وانظر هذه المسألة في الروضة ٧/ ٣٧٤.

وكذلك الإكراه على اليمين، وعلى مخالفة موجبها، كالطلاق سواء لا ينعقد به اليمين، ولا يحصل حنث إذا ترتب المحلوف عليه على الإكراه.

لكن ذكر أصحابنا قولاً: إنه إذا حلف مختاراً لا يفعل شيئاً، فأكره على فعل ذلك بنفسه أنه يحنث، وطردوا ذلك في الحلف بالطلاق، لكن اختلفوا بالراجح من القولين، كاختلافهم في طلاق الناسي المتقدم.

ومنهم من قطع هنا بالوقوع، لأن اليمين بالطلاق لا ينفك عن شائبة التعليق، وقد وجدت.

والراجح أنه لا فرق بين اليمين بالله واليمين بالطلاق، ولا يقع كل منهما إذا فعله في حالة الإكراه، فأما إذا فعل به ذلك مكرها، كمن حلف على عدم دخول الدار فحمل بغير اختياره ودخل به، فقطع كثير منهم بعدم الحنث هنا، ولم يجروا فيه الخلاف، ووجهه ظاهر[1].

وكذلك قالوا فيما إذا حمل أحد المتبايعين من المجلس مكرها وأخرج، وقد سد فمه بحيث لم يتمكن من الكلام، إنه لا ينقطع خياره، وفيه وجه ضعيف[2]، وإن لم يسد فمه، أو أكره حتى خرج بنفسه، فمنهم من قال: ينقطع خياره، والأصح المنع[3] جرياً على القاعدة: إن الإكراه يسقط أثر التصرفات، والله أعلم.

فائدة

حكى الماوردي[4] والمحاملي والإمام[5]: وجهين في البسملة، هل هي في الفاتحة وغيرها قرآن على سبيل القطع، كسائر القرآن، أم على سبيل الحكم، لاختلاف العلماء فيها؟ ومعنى قولنا على سبيل الحكم: أنه لا تصح الصلاة إلا بها في أول الفاتحة، ولا يكون قارئاً لسوره بكمالها غير الفاتحة إلا إذا ابتدأهن بالبسملة سوى براءة، لإجماع المسلمين على أن البسملة ليست آية منها[6].

---

(١) الروضة ١١/ ٨٧.

(٢) المجموع ٩/ ١٨١-١٨٢.

(٣) وبه قال جمهور الأصحاب المتقدمين. المجموع ٩/ ١٨٢.

(٤) الحاوي ٢/ ١٣٥.

(٥) المجموع ٣/ ٣٣٣.

(٦) المجموع ٣/ ٣٣٢-٣٣٣.

وضعف الإمام وغيره، قول من قال إنها قرآن على سبيل القطع، قال الإمام وهذه غباوة عظيمة من قائل هذا، لأن ادعاء العلم حيث لا قاطع محال[1].

وقال الماوردي: قال جمهور أصحابنا هي آية حكماً لا قطعاً[2].

فعلى قول الجمهور يقبل في إثباتها خبر الواحد، كسائر الأحكام، وعلى القول الآخر لا يقبل في إثباتها خبر الواحد، كسائر القراءات، وإنما تثبت بالنقل المتواتر عن الصحابة في إثباتها في المصحف[3].

قلت: وهذا ضعيف كما قال الإمام، إذ لا خلاف بين المسلمين أنه لا يكفر نافيها، ولو كانت على سبيل القطع لكفر.

وفي قول الماوردي: لا يقبل في إثباتها خبر الواحد كسائر القراءات[4] إشارة إلى ما قاله ابن الحاجب في المختصر: القراءات السبع إلى آخر المسألة[5]، وقد سمعت بعض شيوخنا رحمهم الله يستغرب هذه المسألة لخلو أكثر المصنفات الأصلية عنها[6].

وقد صرح بذلك النووي رحمه الله في شرح المهذب فقال: قال أصحابنا وغيرهم: تجوز القراءة في الصلاة وغيرها بكل واحدة من القراءات السبع، ولا تجوز القراءة في الصلاة ولا غيرها بالقراءة الشاذة، لأنها ليست قرآناً، فإن القرآن لا يثبت إلا بالتواتر، وكل واحدة من السبع ثابتة بالتواتر، هذا هو الصواب الذي لا يعدل عنه، ومن قال غيره فغالط أو جاهل.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) الحاوي ٢/ ١٣٥.

(٣) عبارة (فعلى قول الجمهور . . في المصحف) نقلها العلائي من المجموع ٣/ ٣٣٣ بتصرف بسيط جداً.

(٤) هذا قول النووي في المجموع ٣/ ٣٣٣، وليس قول الماوردي إذ لا يوجد نص هذه العبارة ولا معناها في الحاوي والذي يبدو لي ـ والله أعلم ـ أن العلائي نقل قول الماوردي من المجموع، وصاحب المجموع عندما ذكر قول الماوردي في ذلك، ذكر معه هذه المعلومة، فظن العلائي أنها للماوردي.

(٥) منتهى الوصول ٢/ ٢١.

(٦) قال السيوطي في الاتقان ١/ ٢٢٣ قال ابن الجزري: «لا نعلم أحداً تقدم ابن الحاجب إلى ذلك ثم قال وقد نص على تواتر ذلك كله أئمة الأصول كالقاضي أبي بكر وغيره وهو الصواب».

وأما الشاذة فليست متواترة، فلو خالف وقرأ بالشاذة أنكر عليه، سواء قرأ بها في الصلاة أو غيرها، ثم قال بعد ذلك: فإن قرأ الفاتحة في الصلاة بالشاذ، فإن لم يكن فيها تغيير معنى ولا زيادة حرف ولا نقصه، صحت صلاته، وإلا فلا[١] انتهى كلامه.

وللشيخ شهاب الدين أبي شامة[٢] في كتابه المرشد الوجيز[٣] وغيره، كلام في الفرق بين القراءات السبع والشاذة[٤]، وفيه وفي كلام غيره أيضاً من متقدمي القراء ما يوهم أن القراءات السبع ليست متواترة كلها، وأن أعلاها ما اجتمع فيه صحة السند، وموافقة خط المصحف الإمام، والفصيح من لغة العرب، وأنه يكفي فيها الاستفاضة، وليس الأمر كما ذكر هؤلاء، والشبهة دخلت عليهم من انحصار أسانيدها في رجال معروفين فظنوها كأخبار الآحاد.

وقد سألت شيخنا إمام الأئمة أبا المعالي رحمه الله عن هذا الموضع فقال: انحصار الأسانيد في طائفة لا يمنع مجيء القرآن، عن غيرهم، فقد كان يتلقاه أهل كل بلد بقراءة إمامهم، الجم الغفير عن مثلهم وكذلك دائماً، فالتواتر حاصل بهم، ولكن الأئمة الذين تصدوا لضبط الحروف وحفظوا شيوخهم فيها جاء السند من جهتهم، وهذا كالأخبار الواردة في حجة الوداع ونحوها، هي آحاد ولم تزل حجة الوداع منقولة بمن يحصل بهم التواتر عن مثلهم في كل عصر، فهذه كذلك، وهذا موضع ينبغي التنبه له وإن لا يغتر بقول القراء والله الموفق.

---

(١) المجموع ٣/ ٣٩٢-٣٩٣.

(٢) هو أبو القاسم عبد الرحمن بن إسماعيل الملقب شهاب الدين المعروف بأبي شامة لشامة كبيرة فوق حاجبه الأيسر، كان عالماً فقيهاً محدثاً مقرئاً، تولى مشيخة الإقراء بتربة أم الصالح ومشيخة دار الحديث، وصنف كتباً كثيرة منها: شرح الطالبية، وكتاب الروضتين في أخبار الدولتين النورية والصلاحية، وغيرها، توفي سنة ٦٦٥هـ.
طبقات السبكي ٥/ ٦١، والتعريف بالمؤرخين ١/ ٨٤.

(٣) اسم الكتاب الكامل المرشد الوجيز في علوم تتعلق بالقرآن العزيز. كشف الظنون ٢/ ١٦٥٠.

(٤) البرهان في علوم القرآن ١/ ٣٩٦-٤٠٨.

قاعدة

إذا دار فعل النبي ﷺ بين أن يكون جِبلِّيّاً وبين أن يكون شرعياً، فهل يحمل على الجبلي، لأن الأصل عدم التشريع، أو على الشرعي، لأنه ﷺ بعث لبيان الشرعيات؟ فيه خلاف في صور:

منها: أنه ﷺ دخل من ثَنِيَّةِ[(١)] كداء[(٢)] وخرج من ثنية كُدًا[(٣)]، فهل كان ذلك لأنه صادف طريقه أو لأنه سنة؟ فيه وجهان[(٤)]: والصحيح أنها سنة.

ومنها: جلسة الاستراحة عندما حمل اللحم، فقيل: ذلك جبلي فلا يستحب، وقيل: شرعي وهو الصحيح[(٥)]، وقيل: يستحب للمبدن وفي معناه العاجز الضعيف دون غيرهما[(٦)].

ومنها: نزوله ﷺ لما رجع من مِنًى[(٧)] بالمُحَصَّب[(٨)] حتى طاف للوداع، ثم رحل منه إلى المدينة، فقال ابن عباس رضي الله عنهما: [المحصب ليس بشيء إنما هو منزل نزله [رسول الله]ﷺ[(٩)] وكذلك قالت عائشة رضي الله عنها] (المحصب ليس من النسك،

---

(١) الثنية: هي العقبة في الجبل أو في الطريق. لسان العرب ١/ ٣٨١.

(٢) كداء: بضم الكاف والمد، هي الثنية التي ينزل منها إلى الحجون مقبرة أهل مكة.
فتح الباري ٣/ ٤٣٧، ومعجم البلدان ٤/ ٤٣٩.

(٣) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣/ ٤٣٦-٤٣٧، وكدًا: بضم الكاف وتنوين الدال جبل بأسفل مكة عند ذي طوى بقرب شعب الشاميين من ناحية قيقعان. المصدرين السابقين.

(٤) ذهب الخراسانيون إلى أنه ليس سنة. المجموع ٨/ ١٠.

(٥) لما ورد عن مالك بن الحويرث الليثي أنه رأى النبي ﷺ يصلي فإذا كان في وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوي قاعداً.
وكذلك في قصة المسيء صلاته قال له ﷺ: «ارجع فصل... ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم ارفع حتى تطمئن جالساً ثم افعل ذلك في صلاتك كلها» صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢/ ٣٠٢و١١/ ٣٦.

(٦) الوسيط ٢/ ٦٢٨، وفتح العزيز ٤٨٩، والمجموع ٣/ ٤٤٢-٤٤٤.

(٧) منى: الوادي الذي ينزله الحجاج وترمى فيه الجمار. معجم البلدان ٥/ ١٩٨.

(٨) المحصب: موضع فيما بين منى ومكة وهو إلى منى أقرب، والمحصب.. معجم البلدان ٥/ ١٩٨.
ونزوله ﷺ في المحصب ورد في الحديث الذي أخرجه البخاري بشرح فتح الباري ٣/ ٥٩٠ عن أنس رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ صلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء ورقد رقدة بالمحصب ثم ركب إلى البيت فطاف للوداع به.

(٩) نص الحديث كما في صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣/ ٥٩١ عن ابن عباس رضي الله عنهما =

إنما نزله رسول الله ﷺ ليكون أسمح لخروجه)[١] وكلاهما في الصحيح.

قال أصحابنا: يستحب النزول به ولو تركه لم يؤثر في نسكه، لأنه ليس من مناسك الحج[٢]، وهذا يؤخذ منه استحباب إيقاع الجبلي ونحوه من المباحات على موافقة ما فعله النبي ﷺ، كأكل الحلوى والعسل[٣] وتتبع الدُّبّاء[٤] ولبس الجبة الشامية والعمامة السوداء[٥] وأشباه ذلك.

وقد أنكر الغزالي ذلك في المنخول[٦]، ويرد عليه بهذه الصورة، فإنها متفق عليها، والمعروف من عادة الصحابة رضي الله عنهم استحباب التشبه به ﷺ في سائر أفعاله، لا سيما ابن عمر رضي الله عنهما، فإنه كان شديد المحافظة على ذلك في الأمور الجبلية.

ومنها: ذهابه ﷺ في العيد في طريق ورجوعه في آخر[٧]، وقد اختلف الأصحاب في معنى ذلك، فقيل: كان يذهب في أطول الطريقين ويرجع في أقصرهما، لأن الذهاب أفضل من الرجوع، وهذا هو الراجح عند الأكثرين[٨]، وقيل: ليتصدق فيهما، وقيل: ليسوي بين أهل الطريقين، وقيل: ليشهد له الطريقان، وقيل: ليزور المقابر فيهما، وقيل: ليغيظ المنافقين بإظهار الشعار، وقيل: غير ذلك[٩]، وهذه تلتفت إلى قاعدة أخرى وهي: أنه إذا فعل النبي ﷺ فعلاً لمعنى ووجد ذلك المعنى في غيره، فلا خلاف

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ٩/ ٥٩، ونص الحديث فيه عن عائشة رضي الله عنها قالت: (نزول الأبطح ليس بسنة إنما نزله رسول الله ﷺ لأنه كان أسمح لخروجه إذا خرج).

(٢) قال النووي: قال القاضي عياض وهو مستحب عند جميع العلماء، وأجمعوا على أنه ليس بواجب. المجموع ٨/ ٢٥٣.

(٣) عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله ﷺ يحب الحلوى والعسل.
صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٩/ ٥٥٧.

(٤) الدباء: القرع. لسان العرب ١/ ٩٤٥، والحديث عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ أتى مولى له خياط فأتى بدباء فجعل يأكله فلم أزل أحبه مذ رأيت رسول الله ﷺ يأكله.
صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٩/ ٥٥٩.

(٥) عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ دخل يوم فتح مكة وعليه عمامة سوداء بغير إحرام.
سنن النسائي: ٨/ ٢١١.

(٦) المنخول ص ٢٢٦.

(٧) عن جابر قال: كان النبي ﷺ إذا كان يوم عيد خالف الطريق.
صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢/ ٤٧٢.

(٨) فتح العزيز ٥/ ٢٥٦، والمجموع ٥/ ١٣.

(٩) فتح العزيز ٥/ ٢٥٦، والمجموع ٥/ ١٣.

في أن حكم ذلك الغير كحكمه أخذاً من قاعدة التأسي، وإن لم يوجد ذلك في غيره فهل يكون حكم غيره كحكمه نظراً إلى مطلق التأسي أو لا يكون كذلك نظراً إلى انتفاء المعنى؟ فيه خلاف[١].

قال ابن أبي هريرة وجماعة: يستحب، وقال أبو إسحاق المروزي: لا يستحب، فإن لم يعلم في مسألة الذهاب إلى صلاة العيد والرجوع معنى يقتضي ذلك كان مستحباً بلا خلاف، ولا يحمل ذلك على الجبلي لتكرره في غير ما مر، وإن رجح معنى مما ذكر، فمن وجد فيه ذلك المعنى كان مستحباً في حقه، ومن لم يوجد فيه فوجهان.

والأصح الاستحباب[٢].

ومنها: أنه ﷺ كان يوفي دين من مات وعليه دين، وهل كان ذلك واجباً عليه أو مستحباً؟ فيه خلاف[٣]، وعلى كل قول فذلك لمعنى، وهو كونه ﷺ أولى بالمؤمنين من أنفسهم كما صرح به في الحديث[٤]، وهذا المعنى مفقود في غيره من الأئمة، فهل يجب على الإمام أن يوفي من مال المصالح دين من مات من المسلمين عليه دين ليس له وفاء؟ فيه وجهان.

ومنها: أنه ﷺ قال ليهود خيبر: (أقركم ما أقركم الله)[٥] وقالوا: المعنى فيه انتظار الوحي، وهذا مفقود في حق غيره، فلو قال الإمام لأهل الذمة: أقركم ما شئت، فيه وجهان:

قال الرافعي: لا يصح على المذهب وتبعه في الروضة[٦]، وفي كلام الإمام ما يقتضي الصحة، والله أعلم.

---

(١) أفعال الرسول ﷺ. ودلالتها على الأحكام ١/ ٢٤٢.

(٢) الحاوي ٣/ ١٢٢-١٢٣، والمجموع ٥/ ١٢.

(٣) فتح الباري ٤/ ٤٧٨.

(٤) نص الحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه: (. . . قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفي من المؤمنين فترك ديناً فعلي قضاؤه، ومن ترك مالاً فلورثته) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٤/ ٤٧٧، وصحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ٦٠.

(٥) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٦/ ٢٧٠، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٠/ ٢١١.

(٦) الروضة ١٠/ ٢٩٧.

قاعدة

فِعْلُه ﷺ فيما ظهر فيه قصد القربة، ولم تعلم صفته من وجوبٍ وغيره على ماذا يدل في حقنا؟ الأصح: أنه يدل على الندب فقط، وحكاه إمام الحرمين في البرهان[1] والماوردي في الحاوي[2] عن أكثر أصحابنا.

وقيل: انه يدل على الوجوب، قاله ابن سريج والاصطخري وأبو علي الطبري وابن أبي هريرة وابن خيران وهو قول مالك[3] ويتخرج على الخلاف مسائل.

منها: الموالاة في الوضوء، وفيها قولان.

القديم: أنها واجبة، ويوجب التفريق، الاستئناف[4]، بناء على فعله ﷺ[5].

والجديد: أنها ليست بشرط، بل هل مسنونة، ومحل الخلاف التفريق الكثير، فأما اليسير فلا يضر بإجماع المسلمين[6]، والصحيح في حد الكثير: أن يمضي زمان يجف فيه العضو المغسول مع اعتدال الزمان وحال الشخص[7].

وخص الخراسانيون القولين بالتفريق بغير عذر، فأما مع العذر فلا يضر قولاً واحداً، وعند العراقيين لا فرق، ورجح الرافعي الأول[8].

---

(١) البرهان ١/ ٤٩٢.

(٢) الحاوي ٢٠/١٥٨.

(٣) وقيل بالوقف، وقيل بالإباحة، وقيل على التحريم، وللاطلاع على هذه المسألة وترجيحات العلماء وأدلتهم انظر شرح اللمع ١/٥٤٦، والمنخول ص ٢٢٦، والإحكام للآمدي ١/ ٢٤٨، والمحصول ١/ ق٣/ ٣٤٥-٣٧٢، والفصول في الأصول للجصاص ٣/ ٢١٥-٢٣٢، وأفعال الرسول ﷺ ودلالتها على الأحكام ١/ ٣٢٣-٣٩٨.

(٤) أ: التفريق والاستئناف.

(٥) فقد توضأ ﷺ على سبيل الموالاة وقال: «هذا وضوء لا يقبل الله صلاة إلا به» سنن ابن ماجه ١/ ١٤٥، ومجمع الزوائد ١/ ٢٣٩، وتلخيص الحبير ١/ ٤٣٨، وفتح الباري ١/ ٢٣٣، وقال حديث ضعيف.
أقول: من قال بوجوب الموالاة أستدل بحديث خالد بن معدان عن بعض أزواج النبي ﷺ أن رسول الله ﷺ رأى رجلاً يصلي في ظهر قدمه لمعة قدر الدرهم لم يصبها الماء، فأمره ﷺ بإعادة الوضوء. نيل الأوطار ١/ ٢١٧.

(٦) المجموع ١/ ٤٥٣.

(٧) المصدر السابق.

(٨) فتح العزيز ١/ ٤١٤.

وفي الغسل والتيمم ثلاثة طرق:

أرجحها: أنهما كالوضوء في جريان القولين.

والثاني: القطع بأنه لا يضر تفريقهما.

والثالث: طرد القولين في الغسل، فأما التيمم فيبطل قطعاً، حكاهما الماوردي عن جمهور الأصحاب[1].

ومنها: الموالاة بين أشواط الطواف، فيها القولان كما في الوضوء، والمعتمد مجرد الفعل منه ﷺ، والأصح أن الموالاة مستحبة وليست فرضاً، وهما عند الرافعي في التفرق الكثير بلا عذر، فأما اليسير أو الكثير بعذر فلا يضر قولاً واحداً[2]، ومن الأعذار صلاة المكتوبة.

قال الإمام: والتفرق الكثير هو الذي يغلب على الظن تركه الطواف، إما بالإعراض عنه، وإما بظنه أنه أنهاه نهايته[3].

وكذلك الموالاة بين أشواط السعي فيه الخلاف أيضاً والكلام فيه كالطواف[4].

ومنها: الموالاة بين الطواف والسعي، حكى صاحب التتمة[5] وغيره[6] فيها القولين[7]، والقديم اشتراطها كمذهب مالك[8]، اعتماداً لمجرد فعله ﷺ، والجديد: أن ذلك سنة[9].

---

(١) الحاوي ١/ ١٦٦.

(٢) فتح العزيز ٧/ ٣١٣.

(٣) فتح العزيز ٧/ ٣١٣، والمجموع ٨/ ٤٧.

(٤) فإن كان التفريق قريباً أجزأه، وإن كان بعيداً فإن قيل بجوازه في الطواف ففي السعي أجوز، وإن قيل في الطواف لا يجوز، ففي جوازه في السعي وجهان:
أحدهما: لا يجوز وهو قول البصريين من الشافعية.
والثاني: يجوز، وهو قول البغداديين. الحاوي ٥/ ٢١٣، والمجموع ٨/ ٧٣.

(٥) فتح العزيز ٧/ ٣٤٦.

(٦) كالماوردي، الحاوي ٥/ ٢٠٨.

(٧) قال النووي: مبنيان على الموالاة في الوضوء. المجموع ٤/ ٧٤.

(٨) بلغة السالك ١/ ٢٧٣.

(٩) ولكن بشرط أن لا يتخلل بينهما ركن، بأن يطوف بالقدوم ثم يقف بعرفات، قال المتولي ووجه الشبه أنهما ركنان في عبادة، وأمكن الموالاة بينهما، فصارا كاليد مع الوجه في الوضوء. المجموع ٨/ ٧٤.

ومنها: الموالاة في خطبة الجمعة، وفيها قولان شبههما الغزالي بالخلاف في الوضوء[1]، ومقتضى ذلك ترجيح عدم الاشتراط والذي صححه الجمهور وجوب الموالاة، وأنه إذا طال تفريقها وجب الاستئناف.

ومنها: الموالاة بين الخطبة وصلاة الجمعة، وفيها قولان أيضاً، والصحيح وجوب الموالاة بينهما، وإذا طال الفصل لم تصح الجمعة من غير إعادة الخطبة على الأصح، وكأن مأخذ التصحيح في هاتين المسألتين دخولهما في قوله ﷺ: «صلوا كما رأيتموني أصلي»[2] لا مجرد الفعل.

ومنها: الجمع بين الصلاتين، فإن كان في وقت الثانية فالموالاة مستحبة وليست شرطاً، بناء على مجرد فعله ﷺ، هذا هو المشهور[3]، وحكى الخراسانيون: وجهاً أنها واجبة تحل بالجمع، وهو ضعيف، إذ ثبت في حديث أسامة رضي الله عنه أن النبي ﷺ لما جمع في المزدلفة عشية عرفة بين المغرب والعشاء، صلى المغرب، ثم أناخ كل إنسان بعيره في منزله، ثم أقيمت العشاء فصلاها[4]، وكان ذلك بعد دخول وقت العشاء.

وإن كان الجمع في وقت الأولى، فالصحيح أن الموالاة بينهما شرط، لا لمجرد اعتماد الفعل، بل لأن التقديم على خلاف الأصل، والجمع لما جوز ذلك كانا كصلاة واحدة فوجبت الموالاة كركعات الصلاة، وفيه وجه أن الموالاة مستحبة لا واجبة، قاله الاصطخري وأبو علي الثقفي[5][6]، وقد نص الشافعي رحمه الله في الأم: على أنه لو صلى المغرب في بيته بنية الجمع ثم أتى المسجد فصلى العشاء جاز[7] وأوله الأصحاب[8]، لنصه في غير موضع على اشتراط الموالاة في جمع التقديم، وعلى هذا فالفصل اليسير لا يضر.

---

(١) الوسيط ٢/ ٧٥٣.

(٢) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢/ ١١١.

(٣) وبه قطع العراقيون ونص عليه الشافعي رحمه الله. المجموع ٤/ ٣٧٦.

(٤) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣/ ٥٢٣و وصحيح مسلم بشرح النووي ٩/ ٣٢.

(٥) أبو علي الثقفي هو محمد بن عبد الوهاب بن عبد الرحمن الثقفي من نسل الحجاج بن يوسف، كان إماماً في علوم الشرع، تفقه على محمد بن نصر المروزي وابن خزيمة، توفي سنة ٣٢٨هـ. طبقات الأسنوي ١/ ٣٢٥، وطبقات الصوفية للسلمي ص ٣٦١.

(٦) انظر: فتح العزيز ٤/ ٤٧٧، والمجموع ٤/ ٣٧٥.

(٧) فتح العزيز ٤/ ٤٧٦، والمجموع ٤/ ٣٧٥.

(٨) المصدرين السابقين.

وضبطه الغزالي: بقدر إقامة الصلاة[1].

ورد العراقيون ذلك إلى العرف، فما عده الناس في العادة تفريقاً أبطل الموالاة[2].

ومنها: القيام في الخطبة للجمعة مع القدرة، والفصل بين الخطبتين بجلسة، وذلك من الشروط الواجبة باتفاقهم، والعمدة فيه، دخوله تحت حديث «صلوا كما رأيتموني أصلي»[3] لا مجرد الفعل[4]، وكذلك قراءة شيء من القرآن في إحدى الخطبتين على الصحيح المنصوص[5]، وفيه قول آخر حكاه إمام الحرمين وابن الصباغ وغيرهما: إنها مستحبة، ولا تجب في واحدة منهما، إذ ليس فيها إلا مجرد الفعل[6].

ومنها: الترتيب بين أركان الخطبة، وفيه وجهان:

أصحهما: أنه مستحب[7] لدلالة الفعل عليه.

والثاني: أنه شرط للحديث المتقدم، فيجب تقديم الحمد ثم الصلاة ثم الوصية ثم القراءة ثم الدعاء للمسلمين، وقيل: لا ترتيب بين القراءة والدعاء[8].

ومنها: استقبال الناس فيها، وهو أيضاً مستحب على المشهور[9]، وفيه وجه: أنه واجب، فلو استدبرهم واستقبل القبلة لم يصح[10]، قال النووي: وله بعض اتجاه[11].

ومنها: ركعتا الطواف، وفيهما قولان مشهوران:

أصحهما: أنهما سنة[12].

والثاني: واجب، وهما راجعان إلى دلالة الفعل المجرد[13]، فأما قوله ﷺ: «خذوا

---

(١) الوسيط ٢/ ٧٢٨، وعلله فقال: لتحقق صورة الجمع.

(٢) صحح ما ذهب إليه العراقيون الرافعي والنووي. فتح العزيز ٤/ ٤٧٧، والمجموع ٤/ ٣٧٥.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) الوسيط ٢/ ٧٥٢.

(٥) نص عليه الشافعي في الأم ١/ ١٧٨.

(٦) فتح العزيز ٤/ ٥٧٩، والروضة ٢/ ٢٥.

(٧) وبه قطع العراقيون. المجموع ٤/ ٥٢٢.

(٨) المجموع ٤/ ٥٢٢.

(٩) وبه قطع العراقيون. المجموع ٤/ ٥٢٨.

(١٠) المصدر السابق.

(١١) المصدر السابق نفسه.

(١٢) المهذب ١/ ٢٣٠، وفتح العزيز ٧/ ٣٠٧، والمجموع ٨/ ٦٢.

(١٣) فقد ثبت عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قدم رسول الله ﷺ فطاف بالبيت سبعاً ثم صلى =

عني مناسككم»[1] فلا دلالة له على وجوب شيء خاص منها، لأن المناسك أعم من الواجب والمندوب، وإذا احتج به في وجوب فعل شيء خاص، لزم طرده في الجميع كالرمل والاضطباع وسائر المسنونات.

ومنها: الجمع في الوقوف بعرفة بين الليل والنهار وفيه قولان:

أصحهما: أنه مستحب[2]، ومنهم من قطع به بناء على ما تقدم.

والقول الثاني: هو واجب، فإن دفع قبل غروب الشمس لزمه دم[3].

ومنها: المبيت بالمزدلفة، وفيه قولان[4].

أحدهما: أنه سنة لدلالة الفعل.

والأصح: أنه واجب، لحديث عروة بن مضرس[5] فيه[6]، وقال ابن بنت الشافعي وابن خزيمة: هو ركن[7]، لا يصح الحج إلا به لقوله ﷺ في حديث عروة بن مضرس: (من صلى معنا هذه الصلاة - يعني بجمع - وكان قبل ذلك قد وقف بعرفة ليلاً أو نهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه).

ومنها: المبيت ليالي منى والرمي فيها وطواف الوداع، وفي الثلاثة قولان:

أحدهما: أنها مستحبة لدلالة الفعل.

= خلف المقام ركعتين وطاف بين الصفا والمروة. صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣/ ٤٨٧، وصحيح مسلم بشرح النووي ٨/ ٢١٩.

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ٩/ ٤٤، ونص الحديث: «لتأخذوا مناسككم فإني لا أدري لعلي لا أحج بعد حجتي هذه».

(٢) فتح العزيز ٧/ ٣٤٦، والمجموع ٨/ ١٠٢.

(٣) نص عليه في الأم ٢/ ١٧٩، وفتح العزيز ٧/ ٣٦٤.

(٤) المهذب ١/ ٢٣٤.

(٥) عروة بن مضرس بن أوس الطائي كان من بيت الرئاسة في قومه، وجده كان سيدهم وكذا أبوه وقع حديثه في السنن الأربعة. الإصابة ٢/ ٤٧٨.

(٦) الحديث عن عروة قال: أتيت رسول الله ﷺ بالمزدلفة حين خرج إلى الصلاة فقلت: يا رسول الله إني جئت من جبلي طَيِّء أكللت راحلتي وأتعبت نفسي، والله ما تركت من جبل إلا وقفت عليه فهل لي من حج؟ فقال رسول الله ﷺ: «من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى ندفع وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلاً أو نهاراً فقد أتم حجه وقضى تفثه». سنن أبي داود ٢/ ٢٠٣، الترمذي ٣/ ٢٣٨ وقال حديث حسن صحيح، والنسائي ٥/ ٢٦٣.

(٧) فتح العزيز ٧/ ٣٦٧، والمجموع ٨/ ١٣٤.

والصحيح أنها واجبة، لأدلة خاصة بها، لأن النبي ﷺ أرخص للرعاء أن يدعوا المبيت، ويرموا يوماً، ويدعواً يوماً، ثم يرموا ما فاتهم[1]، وأرخص للحائض أن تنفر من غير طواف الوداع[2]، وهذا يقتضي الوجوب في حق من عداهم[3]، والله أعلم.

قاعدة

إذا ورد عن النبي ﷺ فعلان متنافيان، وعرف المتقدم منهما ففي كلام إمام الحرمين في البرهان[4]، ما يقتضي الميل إلى الأخذ بآخرهما، واعتقاد كونه ناسخاً للمتقدم، قال: وللشافعي صَغْوٌ إلى ذلك، وهو مسلكه الظاهر في كيفية صلاة الخوف بذات الرقاع[5] فإنه رأى رواية خوات[6] بن جبير[7]، متأخرة عن رواية ابن عمر[8] فأخذ بها.

---

(١) نص الحديث كما جاء في سنن الترمذي ٣/ ٢٩٠: (رخص رسول الله ﷺ لرعاء الإبل في البيتوتة أن يرموا يوم النحر ثم يجمعوا رمي يومين بعد يوم النحر فيرمونه في أحدهما) وقال: هذا حديث حسن صحيح، وسنن أبي داود ٢/ ٢٠٨، والنسائي ٥/ ٢٧٣.

(٢) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: رخص للحائض أن تنفر إذا أفاضت. صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣/ ٥٨٦.

(٣) المجموع ٨/ ٢٤٧، والروضة ٣/ ١١٦.

(٤) البرهان ١/ ٤٩٦.

(٥) الرقاع: جمع رقعة، وهي غزاة النبي ﷺ، قيل هي اسم شجرة في موضع الغزوة سميت بها وقيل: لأن أقدامهم نَقِبت من المشي فلفوا عليها الخرق، وقيل: جبل فيه سواد وبياض وحمرة فكأنه رقاع في الجبل، والأصح أنه موضع وكانت غزوة ذات الرقاع سنة أربع للهجرة وفيها صلى الرسول ﷺ صلاة الخوف. معجم البلدان ٣/ ٥٦، ومعنى صَغْو: ميل، ونَقِبَتْ أقدامهم: تَخَرَّقَتْ.

(٦) هو خوات بن جبير بن النعمان الأنصاري، ذكره موسى بن عقبة وابن إسحاق في البدريين، وذكره الواقدي أنه شهد أحداً والمشاهد بعدها، توفي سنة ٤٢ هـ بالمدينة. الإصابة ١/ ٤٥٨.

(٧) وهي عن صالح بن خوات عمن شهد مع رسول الله ﷺ يوم ذات الرقاع صلاة الخوف، أن طائفة صفت معه وطائفة وجاه العدو، فصلى بالتي معه ركعة ثم ثبت قائماً وأتموا لأنفسهم ثم انصرفوا فصفوا وجاه العدو، وجاءت الطائفة الأخرى فصلى بهم الركعة التي بقيت من صلاته ثم ثبت جالساً وأتموا لأنفسهم ثم سلم بهم.
صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٧/ ٤٢١، ومعنى وِجاه: أمامَ، تجاه.

(٨) وهي عن عبدالله بن عمر عن أبيه رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ صلى بإحدى الطائفتين والطائفة الأخرى مواجهة العدو، ثم انصرفوا فقاموا في مقام أصحابهم فجاء أولئك فصلى بهم ركعة ثم سلم عليهم ثم قام هؤلاء فقضوا ركعتهم وقام هؤلاء فقضوا ركعتهم. صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٧/ ٤٢٢.

قال[١]: وربما سلك مسلكاً آخر فسلم اجتماع روايتين في غزوة واحدة ورآهما متعارضتين. ثم تمسك من طريق القياس بأقرب المسلكين إلى الخشوع وقلة الحركة[٢].

وتبع المازري الإمام في اختيار تقديم المتأخر من الفعلين. والذي صار إليه القاضي أبو بكر[٣] والغزالي وجمهور الأصوليين: أن الفعلين لا يتعارضان بمجردهما. لأن الفعل لا صيغة له تدل على شيء معين[٤]، إلا إذا دل الدليل على ثبوت تكرار الأول في حقه وحق الأمة. فحينئذ يكون الثاني ناسخاً للأول.

وفي الحقيقة أن النسخ ليس للفعل، بل إنما هو للدليل الدال على ثبوت تكرير الأول ودوام حكمه.

وأما إذا لم يعلم المتقدم منهما والمتأخر فأولى بعدم التعارض، وعلى هذه القاعدة صور:

منها: سجود السهو، فقد تمسك جماعة من أصحابنا في كونه قبل السلام مطلقاً. لما روى الشافعي عن الزهري[٥] قال: (سجد رسول الله ﷺ سجدتي السهو قبل السلام وبعده وآخر الأمرين قبل السلام)[٦]، وفيه كلام طويل ليس هذا موضعه[٧].

---

(١) أي إمام الحرمين.

(٢) وقد رجح الإمام الشافعي رواية خوات على رواية ابن عمر فقال: كان خوات متقدم الصحبة والسن إضافة إلى مشابهة صفة الصلاة التي ذكرها خوات لكتاب الله في الآية ١٠٢-١٠٣ من سوررة النساء. ثم قال: ويحتمل أن تكون كلها مجزية عنه. الرسالة ص ٢٥٨-٢٦٧. والبرهان ١/ ٤٩٦، والوسيط ٢/ ٧١٩.

(٣) البرهان ١/ ٤٩٧.

(٤) قال الإمام في البرهان ١/ ٤٩٧: ومقتضى هذا الرأي جواز الفعلين.

(٥) الزهري: هو أبو بكر محمد بن عبدالله ، تابعي، وهو من الفقهاء السبعة. قال عنه عمر بن عبدالعزيز: لم يبق أعلم بسنة ماضية من الزهري. توفي سنة ١٢٤هـ. تذكرة الحفاظ ١/١٠٨-١١٣. وشذرات الذهب ١/ ١٦٢-١٦٣.

(٦) الأم ١/ ١١٤.

(٧) قال البيهقي في الحديث: هذا منقطع، وفي سنده مطرف وهو ضعيف، فقد كذبه يحيى بن معين، وقال النسائي: ليس بثقة، ولكن قال ابن عدي: لم أر له شيئاً منكراً، وقال حاجب بن سليمان: كان مطرف رجلاً صالحاً، ثم قال البيهقي: لكن المشهور عن الزهري في فتواه سجود السهو قبل السلام. السنن الكبرى ٢/ ٣٤١.

واختار الشيخ أبو حامد الإسفراييني: التخيير بين قبل السلام وبعده في صورتي الزيادة والنقص، وصورة الشك أيضاً والبناء على اليقين لصحة الأحاديث في ذلك كلها. فجمع بينهما بأن ذلك من اختلاف المباح، والجميع جائز[١].

ومنها: القيام للجنازة فقد صح أن النبي ﷺ قام فيها وأمر بالقيام ثم قعد، فاختار أكثر الأصحاب الترك، ورأوا الأمر بالقيام منسوخاً بفعله الآخر، وقد ورد في حديث أنه ﷺ لما قعد أمر بالقعود[٢]، فيكون هذا هو الناسخ لا مجرد الفعل[٣].

واختار صاحب التتمة: بقاء استحباب القيام، ورجحه الشيخ محيي الدين في شرح المهذب[٤]، ورأى أن الأمر بالقعود لبيان الجواز وفيه نظر[٥].

---

(١) اختلف الفقهاء في محل سجود السهو إلى ما يأتي:
١- ذهب الحنفية إلى أن محله بعد السلام، حيث يسلم فيسجد سجدتين ثم يتشهد ثم يسلم وبه قال الثوري وعلي وابن مسعود وعمار.
٢- ذهب الشافعي إلى أن محله قبل السلام مطلقاً، وبه قال أبو هريرة وابن المسيب والزهري.
٣- ذهب مالك إلى أنه إذا سها بزيادة سجد بعد السلام، وإن سها بنقصان سجد قبل السلام.
٤- قال أحمد سجود السهو قبل السلام إلا في موضعين:
أ- إذا سلم من نقص في صلاته.
ب- إذا تحرى الإمام فبنى على غالب ظنه ففيهما تكون بعد السلام فقط.
٥- من العلماء من قال بالتخيير ـ كما أشار العلائي ـ.
ومستند هذه الأقوال تعارض الأخبار، فقد وردت أحاديث صحيحة في أن الساهي يسجد للسهو ثم يسلم، وفي أنه يسلم ثم يسجد له. انظر هذه الأحاديث في صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣/ ٩٢-١٠٨ و ١/ ٥٦٥، وصحيح مسلم بشرح النووي ٥/ ٥٧-٧٣، وللاطلاع على آراء الفقهاء انظر: المبسوط ١/ ٢١٨، والوسيط ٢/ ٦٧٤، والمغني ٢/ ٢٢، والمجموع ٤/ ١٥٤.

(٢) سنن البيهقي الكبرى ٤/ ٢٧، ونص الحديث: (قام رسول الله ﷺ مع الجنائز حتى توضع، وقام الناس معه، ثم قعد بعد ذلك وأمرهم بالقعود).

(٣) انظر: روايات القيام للجنازة في صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣/ ١٧٧-١٧٩، وصحيح مسلم بشرح النووي ٧/ ٢٦-٢٩، والترمذي ٣/ ٣٦٠-٣٦٢.

(٤) المجموع ٥/ ٢٨٠.

(٥) محل الخلاف هو في نسخ الأمربالقيام للجنازة.
فقد قال الشافعي وجمهور الصحاب: هذان القيامان منسوخان فلا يؤمر أحد بالقيام سواء مرت به أو تبعها إلى القبر.
وقال الشيرازي: هو مخير بين القيام وا لقعود، وقال المحاملي وصاحب العدة: يكره القيام، وقال صاحب التتمة: يستحب القيامان ورجحه النووي. فتح العزيز ٥/ ١٤٣، والمجموع ٥/ ٢٨٠.

ومنها: قراءة السورة في الركعتين الأخيرتين، وفيه قولان للشافعي، وصحح أكثر العراقيين القول بالاستحباب[(١)]، وأكثر المراوزة[(٢)] مقابله، وهو اختيار المتأخرين[(٣)]، وفي الطرفين أحاديث صحيحة[(٤)] من فعل النبي ﷺ، ويمكن الجمع بينها بأن ذلك بحسب اختلاف المأمومين، فحيث كانوا محصورين يؤثرون التطويل قرأ السورة في الأخيرتين، وحيث كثر الجمع تركها، كما جمعوا ذلك بين الأحاديث الكثيرة المختلفة في طول القراءة وقصرها، وهذا أولى من تقديم أحد الطرفين وإلغاء الاخر، ويحمل أيضاً اختلاف نص الشافعي على هذا، للجمع بين كلاميه، وهو أولى من جعلهما قولين، ولم أر من أشار إلى هذا في هذه المسألة.

وقد اختلفت الأحاديث في أعداد ركعات الوتر، والمذهب الصحيح أن أكثره إحدى عشرة ركعة، وفيه وجه أنه ثلاث عشرة ركعة، لحديث ابن عباس رضي الله عنهما فيه[(٥)].

وقال الجمهور: الركعتان في رواية ابن عباس هما الخفيفتان اللتان أمر النبي ﷺ بافتتاح صلاة الليل بهما، وقد حكاهما زيد بن خالد الجهني[(٦)] رضي الله عنه من فعله ﷺ[(٧)]، أيضاً وليستا من الوتر، وهذا أولى من قول من قال: إنهما سنة العشاء، فلو

---

(١) المجموع ٣/ ٣٨٦.

(٢) أ: المزاورة، والمراوزة: نسبة إلى مرو، زادوا عليها الزاي شذوذاً، وهي إحدى مدن خراسان الكبار. طبقات الأسنوي ٢/ ٣٧٣.

(٣) الوسيط ٢/ ٦١٧، والروضة ١/ ٢٤٧.

(٤) ففي القراءة عن أبي سعيد الخدري قال: كنا نحرز قيام رسول الله ﷺ في الظهر والعصر فحرزنا قيامه في الركعتين الأولين من الظهر قدر قراءة (ألم تنزيل) السجدة، وحرزنا قيامه في الأخريين قدر نصف من ذلك. صحيح مسلم بشرح النووي ٤/ ١٧٢.
وفي عدم القراءة عن أبي قتادة قال: إن النبي ﷺ كان يقرأ في الركعتين الأولين من الظهر والعصر بفاتحة الكتاب وسورة، ويسمعنا الآية، ويقرأ في الركعتين الأُخريين بفاتحة الكتاب.
صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢/ ٢٦٠.

(٥) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: بت ليلة عند خالتي ميمونة فقام النبي ﷺ من الليل... فتتامت صلاة رسول الله ﷺ من الليل ثلاث عشرة ركعة ثم اضطجع... إلخ. صحيح مسلم بشرح النووي ٦/ ٤٤.

(٦) هو زيد بن خالد الجهني روى عن النبي ﷺ وعن عثمان وأبي طلحة وعائشة، شهد الحديبية وكان معه لواء جهينة يوم الفتح، وحديثه في الصحيحين وغيرهما، توفي سنة ٧٨هـ بالمدينة. الإصابة ١/ ٥٦٥.

(٧) عن زيد بن خالد الجهني أنه قال: لأرمقن صلاة رسول الله ﷺ الليلة، فصلى ركعتين خفيفتين ثم صلى ركعتين طويلتين طويلتين طويلتين ثم صلى ركعتين وهما دون اللتين قبلهما ثم صلى =

أوتر بأكثر من ثلاث عشرة ركعة لم يصح عند جمهور الأصحاب[1]، وفيه وجه حكاه إمام الحرمين: أنه يجوز، لأن النبي ﷺ فعله على أوجه من الأعداد مختلفة، فدل على عدم انحصاره[2].

وأجاب الجمهور بأن هذا الاختلاف فيما دون الإحدى عشرة أو الثلاث عشرة، ولم ينقل مجاوزتها، فيدل على امتناعها.

قال النووي: وهذا الخلاف شبيه بالخلاف في جواز القصر فيما زاد على ثمانية عشر يوماً، وفي جواز الزيادة على انتظارين في صلاة الخوف[3].

قلت: الأصح فيما إذا أقام المسافر ببلد لقضاء حاجة يتوقعها، ولم يجزم بإقامة أربعة أيام أنه يقصر إلى ثمانية عشر يوماً، وقيل: سبعة عشر، وقيل: تسعة عشر، وقيل: عشرون، بحسب اختلاف الروايات في الحديث[4].

والقول الثاني: يقصر ابداً.

والثالث: لا يجوز أصلاً.

ومنهم من خص هذه الأقوال بالمحارب، وجزم في غيره بأنه لا يقصر بعد أربعة أيام قولاً واحداً[5].

وأما في صلاة الخوف إذا فرقهم أربع فرق، فصلى بكل طائفة ركعة، ففيه خلاف وتفريع طويل يرجع حاصله إلى خمسة أقوال:

أصحها: صحة صلاة الإمام والمأمومين جميعاً.

= ركعتين وهما دون اللتين قبلهما ثم صلى ركعتين وهما دون اللتين قبلهما ثم صلى ركعتين وهما دون اللتين قبلهما ثم أوتر فذلك ثلاثة عشرة ركعة. صحيح مسلم بشرح النووي ٦/ ٥٣.

(١) قال الغزالي في الوسيط ٢/ ٦٨٤: و وجه المنع أن هذه سنة مؤكدة فيتبع في حدها التوقيف كركعتي الفجر، وهو ما رجحه النووي والرافعي. الروضة ١/ ٢٣٨.

(٢) الأم ١/ ١٢٣، وفتح العزيز ٤/ ٢٣٢، والمجموع ٤/ ١٢.

(٣) المجموع ٤/ ١٢.

(٤) فقد ورد عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: أقام النبي ﷺ تسعة عشر يقصر. صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢/ ٥٦١. وفي رواية: (سبعة عشر) سنن أبي داود ٢/ ١٠.

(٥) المجموع ٤/ ٣٦٢.

والثاني: بطلان صلاة الجميع[1].

والثالث: صحة صلاة الإمام والطائفة الأخيرة فقط.

والرابع: صحة صلاة الطائفتين الأوليينِ، وبطلان صلاة الإمام والأخيرتين إن علمنا ببطلان صلاة الإمام.

والخامس: تصح صلاة الطوائف الثلاث الأولى، وتبطل صلاة الإمام والرابعة إن علمت بطلان صلاته[2].

ومنها: إذا كبر خمساً في صلاة الجنازة عمداً ففيه وجهان:

أحدهما: تبطل صلاته[3]، وبه قطع القفال والقاضي حسين والمتولي.

وأصحهما ـ وبه قطع الأكثرون ـ: لا تبطل[4]، لمجيء الحديث فيها[5]، قال ابن سريج: صحت الأحاديث بأربع تكبيرات وخمس وهو من الاختلاف المباح، والجميع جائز، والله أعلم[6].

---

(١) قال النووي: ووجه الصحة أنه قد يحتاج إلى ذلك بأن يكون العدو ستمائة والمسلمون أربعمائة فيقف بازائهم ثلاثمائة ويصلي معه مائة، ولأن الانتظار إنما هو بإطالة القيام والقعود والقراءة والذكر وهذا لا يطيل الصلاة وإنما اقتصر النبي ﷺ على انتظارين، لأنه القدر الذي احتاج إليه ولعله لو احتاج إلى زيادة زاد.

ووجه البطلان أن النبي ﷺ لم يزد على انتظارين والرخص لا يتجاوز فيها النصوص.

المجموع ٤/ ٤١٦.

(٢) الأم ١/ ١٨٩، ومختصر المزني ١/ ١٤٣، والمهذب ١/ ١١٣، والمجموع ٤/ ٤١٦-٤١٨.

(٣) لأنه زاد ركناً فأشبه من زاد ركوعاً. فتح العزيز ٥/ ١٦٦، والمجموع ٥/ ٢٣٠.

(٤) وصححه البغوي والشاشي وصاحب البيان. المجموع ٥/ ٢٣٠.

(٥) الحديث عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: كان زيد يكبر على جنائزنا أربعاً وإنه كبر على جنازة خمساً، فسألته فقال: كان رسول الله ﷺ يكبرها. صحيح مسلم بشرح النووي ٧/ ٢٦، وتلخيص الحبير ٥/ ١٦٦.

(٦) كان الخلاف بين الصحابة في أن ا لتكبير المشروع خمس أو أربع أو غير ذلك، ثم انقرض هذا الخلاف واستقر الأمر على أربع، فقد كبر أبو بكر على النبي ﷺ أربعاً، وكبر عمر على أبي بكر أربعاً، وكبر صهيب على عمر أربعاً، وكبر الحسن بن علي على علي أربعاً، وغير ذلك، ونقل النووي الإجماع على ذلك.

المجموع ٥/ ٢٣٠، وتلخيص الحبير ٥/ ١٦٧.

فصل

العالم إذا اجتمعت فيه شروط الاجتهاد غير العدالة، قال أكثر الأصوليين[١]: لا يعتبر قوله في الإجماع، ولا ينقضه مخالفته، واختلفوا في تعليله على وجهين:

أحدهما: أنَّ إخباره عن نفسه لا يوثق به لفسقه، فربما أخبر بالوفاق وهو مخالف. أو بالخلاف وهو موافق، فلما تعذر الوصول على معرفة قوله، سقط أثر قوله.

الثاني: أن العدالة ركن في الاجتهاد كالعلم فإذا فاتت العدالة فاتت أهلية الاجتهاد.

فالتعليل الأول يرجع إلى أن العدالة معتبرة في أخباره لا في تَهَيُّؤِ الاجتهاد، فهو عند قائله مجتهد غير مقبول القول.

وصاحب التعليل الثاني: يراه من شرائط أهلية الاجتهاد، ويتفرع على هذا، أن الفاسق إذا أدى اجتهاده إلى حكم هل يقلده فيه من علم صدقه في فتواه بالقرائن؟ وفيه خلاف:

فعلى الأول: له الأخذ بقوله، لأنه لم يرتب ذلك على مجرد إخباره، بل مع ما انضم إليه من القرائن المفيدة للعلم بصدقه في فتواه.

وعلى الثاني: لا يؤخذ بقوله، لأنه ليس من أهل الاجتهاد.

ويتصل بهذا قاعدة ما يشترط فيه العدالة وما لا يشترط فيه[٢]، ومدار هذه القاعدة على القاعدة المشهورة في أصول الفقه: «أن المصالح المعتبرة إما في محل الضرورات أو في محل الحاجات، أو في محل التتمات، أو مستغنى عنها بالكلية، إمّا لعدم اعتبارها أو لقيام غيرها مقامها».

وبيان هذا أن في اشتراط العدالة في صحة التصرف مصلحة لحصول الضبط بها عن الخيانة والكذب والتقصير، إذ الفاسق ليس له وازع ديني فلا يوثق به، فاشتراط العدالة في الشهادة والرواية في محل الضرورات، لأن الضرورة تدعو لحفظ الشريعة في نقلها وصونها من الكذب، وكذلك في الفتوى أيضاً، لصون الأحكام ولحفظ دماء الناس وأموالهم وأبضاعهم وأعراضهم عن الضياع.

---

(١) ذهب الجمهور إلى اشتراط العدالة في المجتهد الذي يعتد بموافقته أو مخالفته في الإجماع، وخالف في ذلك الشافعية فلم يشترطوا العدالة فيه. أصول السرخسي ١/ ٣١١، وميزان الأصول ٢/ ٧١٣، والمستصفى ١/ ١٨٣. ومنتهى الوصول ٢/ ٣٣.

(٢) ذكر هذه القاعدة العز بن عبد السلام في قواعده ١/ ٦٦.

فلو قبل فيها قول الفسقة ومن لا يوثق به لضاعت، وكذلك في الولايات على الغير، كالإمامة الكبرى والقضاء وأمانة الحكم والوصاية والتصرف على الأولاد من الآباء والأجداد على المذهب.

ومنهم من طرد فيه الخلاف الآتي في العقد ومباشرة الأوقاف والسعاية في الصدقات وما أشبه ذلك، لا في الاعتماد على الفاسق في شيء منها من الضرر العظيم.

وخرج عن هذا، انعقاد النكاح بشهادة مستورين غير متحققي العدالة، لأن النكاح يقع غالباً فيما بين أوساط الناس والعوام وفي البوادي والقرى، فلو كلفوا معرفة العدالة الباطنة لطال الأمر وشق، بخلاف الحكم، فإن الحاكم يسهل عليه مراجعة المزكين، ومعرفة العدالة الباطنة، فاكتفي في حضور العقد بسلامة الظاهر عن الأسباب المفسقة، ولذلك لو رفع إلى الحاكم لم يثبته إلا بعد معرفة عدالتهما الباطنة.

وقد طرد الاصطخري القول بذلك فقال: لا ينعقد بشهادة المستورين.

وزاد الشيخ أبو محمد فتردد في مستور الحرية، والصحيح: أنه لا يكتفى بظاهر الإسلام والحرية في الدار حتى يعرف حاله فيهما باطناً، لأن ذلك يسهل الوقوف عليه، بخلاف العدالة الباطنة[(١)].

وقالوا في الإمام الأعظم إذا طرأ فسقه: ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه ينعزل، وصححه في البيان.

والثاني: أنه لا ينعزل، ومال إليه الإمام، وجزم به القاضي حسين والرافعي، وصححه كثيرون، لما في إبطال ولايته من اضطراب الأمور وحدوث الفتن[(٢)].

والثالث: إن أمكن استتابته أو تقويم أَوَدِهِ لم يخلع، وإن لم يمكن ذلك خلع[(٣)].

---

(١) حلية العلماء ٦/ ٣٦٦، والروضة ٧/ ٤٦-٤٧.

(٢) قال العز بن عبد السلام: تصحيح ولاية الفاسق مفسدة لما يغلب عليه من الخيانة في الولاية، لكننا صححناها في حق الإمام الفاسق والحاكم الفاسق لما في إبطال ولايتهما من تفويت مصالح العامة ونحن لا ننفذ من تصرفاتهم إلا ما ينفذ من تصرف الأئمة المقسطين والحكام العادلين فلا نبطل تصرفه في المصالح لأجل تصرفه في المفاسد إذ لا يترك الحق المقدور عليه لأجل الباطل.
ثم قال: والذي أراه في ذلك أننا نصحح تصرفهم الموافق للحق مع عدم ولايتهم لضرورة الرعية كما تصح تصرفات إمام البغاة مع عدم أمانته. قواعد الأحكام ١/ ٩١.

(٣) الأحكام السلطانية ص ١٧، والروضة ٦/ ٣١٢، وخبايا الزوايا ص. ٤١٥، والأَوَدُ: الاعوجاج.

وقال الإمام في الغياثي[1]: الذي يجب القطع به أن الفسق الصادر من الإمام لا يجوِّز خلعه لما في ذلك من المفاسد، ثم قال بعد ذلك: وهذا في نوادر الفسوق، فأما إذا تواصل منه العصيان وفشا منه العدوان، وظهر الفساد، وزال السداد، وتعطلت الحقوق، وارتفعت الصيانة، ووضحت الخيانة، فلا بد من استدراك هذا الأمر المتفاقم، فإن أمكن كف يده وتولية غيره بالصفات المعتبرة فالبِدار البدار، وإن لم يمكن ذلك لاستظهاره بالشوكة إلا بإراقة دماء ومصادمة أحوال جمة الأهوال، فالوجه أن يقاس ما الناس مدفوعون إليه مبتلون به، بما يفرض وقوعه، فإن كان الواقع الناجز أكثر مما يتوقع فيجب احتمال المتوقع، وإلا فلا يسوغ التشاغل بالدفع، بل يتعين الصبر والابتهال إلى الله تعالى[2].

وذكر الرافعي في القاضي إذا طرأ فسقه: وجهين:

وأصحهما: أنه ينعزل، إذ ليس في عزله ما في عزل الإمام من الفتنة[3].

وقال الغزالي في الوسيط بعد ذكر شروط القاضي: اجتماع هذه الشروط متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد المستقل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان أو ذو شوكة، وإن كان جاهلاً أو فاسقاً، كيلا تتعطل مصالح الناس، ويؤيده، أنا ننفذ قضاء قاضي أهل البغي لمثل هذه الضرورة، قال الرافعي: وهذا حسن[4].

وقال الشيخ عز الدين رحمه الله: لما كان تصرف القضاة أعم من تصرف الأوصياء وأخص من تصرف الأئمة، أختلف فيهم، فمنهم من ألحقهم بالأئمة، لأن تصرفهم أعم من تصرف الأوصياء، ومنهم من ألحقهم بالأوصياء، لأن تصرفهم أخص من تصرف الأئمة[5].

وأما محل الحاجات: ففي مثل تصرف الآباء والأجداد لأبنائهم، والمؤذن المنصوب لاعتماد الناس على قوله في دخول الأوقات، إذ لو كان غير موثوق به في دخول الأوقات لحصل الخلل في إيقاع الصلوات في غير أوقاتها.

---

(١) وهو كتاب صنفه إمام الحرمين للوزير غياث الدين نظام الملك سلك فيه مسلك الأحكام السلطانية. كشف الظنون ٢/ ١٢-١٣، وقد طبع في قطر بتحقيق عبد العظيم الديب سنة ١٤٠٠هـط/ ١.

(٢) الغياثي ص ١٠٣-١١٠.

(٣) الروضة ١١/ ١٢٦.

(٤) الروضة ١١/ ٩٧.

(٥) قواعد الأحكام ١/ ٦٨.

وكذلك الإمام المنصوب في الجوامع والمساجد، وقد نص الشافعي رحمه الله على أن الإمامة ولاية، وقد تلحق هذه بالتتمات، إذ ليس فيها توقع خلل بالنسبة إلى المصلين خلفه، لأن توهم قلة مبالاته بالطهارة عن الحدث والخَبَثِ نادر في الفساق، ولذلك لم يعتبر هذا باتفاق أصحابنا في الإمام غير الراتب، بل تجوز الصلاة خلف الفاسق، إذ لا ارتباط بصلاة المأمومين بصلاته، وتصح صلاتهم وإن تبين حدثه.

وأما محل التتمات: فكالولاية في عقد النكاح، لأن طبع الولي يزعه عن التقصير والخيانة في حق موليته، ويتعيَّرُ في نفسه وعشيرته إذا وضعها في غير كفء، إلا أنه لما كان بعض السفهاء لا يبالي بذلك كانت العدالة من التتمات، واختلف إشعار لفظ الإمام الشافعي في ذلك، وفيه للأصحاب طرق كثيرة تجمعها أوجه:

أحدها: أنه لا يلي، وصححه الرافعي في المحرر[1].

والثاني: أنه يلي، لأن الأَوَّلِيْنَ لم يكونوا يمنعون الفسقة من تزويج بناتهم.

والثالث: يلي المجبر دون غيره، لكمال شفقته وقوة ولايته.

والرابع: عكسه، لأن غير المجبر لا يستقل فتنظر هي أو بقية الأقارب لها.

والخامس: يلي المستتر بفسقه دون المعلن.

والسادس: إذا كان فسقه بشرب الخمر لم يل، لاضطراب نظره وغيره يلي.

والسابع: أنه يزوج ابنته، ولا يقبل النكاح على ابنه بحال، قال في البحر: وهذا أصح.

والثامن: إن كان غيوراً ولي، وإلا لم يل.

والتاسع: إن كان محجوراً عليه لم يل، وإلا ولي.

والعاشر: أن الخلاف في غير الإمام، أما الإمام فيلي قطعاً.

والحادي عشر: أن ذلك في حقه بالنسبة إلى أيامى المسلمين، فأما مولياته فلا يلي تزويجهن، حكى هذه الأربعة ابن الرفعة في شرح الوسيط.

والثاني عشر: قاله الغزالي: إن كان الولي الفاسق لو سلبناه الولاية انتقلت إلى حاكم يرتكب ما يفسقه فيلي القريب وإلا فلا، قال في الروضة: وهذاحسن، وينبغي أن يكون

---

(١) الروضة ٧/ ٦٤، وإليه ذهب الماوردي في الحاوي ١١/ ٩٠.

العمل به[1]، وقد طرد الشيخ أبو علي والقاضي حسين هذا الخلاف في ولايته المال، والأكثرون قطعوا بالمنع[2].

والفرق أن طبع القريب يزعه عن أن يضر مَوْلِيَّتَهُ بإدخال غير الكفء عليها لمصلحته، وذلك خارج عنه ويتعير هو به أيضاً[3]، بخلاف إضرار ولده في ماله لمصلحة نفسه، فإن طبعه يحثه على تقديم مصلحة نفسه على أولاده، فشرطت العدالة فيه، لتكون وازعة له عن ذلك.

ومن هذا القسم أيضاً: ولاية القريب على قريبه الميت في التجهيز والدفن والتقدم في الصلاة، لأن فرط شفقته وكثرة حزنه على قريبه، تبعثه على الاحتياط في ذلك وقوة التضرع في الدعاء له، فالعدالة فيه من التتمات، واعتبارها في ذلك أبعد منه في ولاية النكاح، ولذلك لم يجئ فيه خلاف في اشتراطها.

وأما المستغنى عنه بالكلية لعدم الحاجة إليه: فكالإقرار، لأن طبع الإنسان يزعه عن أن يقر على نفسه بما يقتضي قتلاً أو قطعاً أو تغريم مال، فقبل من البَرِّ والفاجر اكتفاء بالوازع الطبعي، ولهذا يقبل إقرار العبد بما يقتضي القصاص دون ما يوجب المال، لأن طبعه يزعه عن إضرار نفسه، بخلاف إضرار سيده، والذي يقوم به غيره مقامه التوكيل والإيداع من المالك فإن نظره لنفسه قائم مقام نظر الشرع له في الاحتياط، فيجوز له أن يوكل الفاسق ويودع عنده إذا وثق به، لأن طبع المالك يزعه عن إتلاف ماله بالتفريط، وكذلك لو كان سفيهاً لا ينظر لنفسه لم يجز له التصرف، ولو كان الموكل أو المودع في مال الغير وجب عليه الاحتياط بالوازع الشرعي والله أعلم.

---

(١) الروضة ٧/ ٤٦.

(٢) المصدر السابق.

(٣) قال العز بن عبد السلام: الوازع الطبيعي أقوى من الوازع الشرعي. قواعد الأحكام ٢/ ٧٦.

قاعدة

إذا نَدَر واحد أو اثنان في مخالفة بقية الأمة فهل يكون قول الجمهور إجماعاً؟

قال محمد بن جرير الطبري[1] وأبو بكر الرازي[2]: نعم[3]، وقال الأكثرون: لا يكون إجماعاً، لأن الجمهور ليسوا كل الأمة[4]، وعلى هذا فهل هو حجة أم لا؟

اختار ابن الحاجب: أنه يكون حجة[5]، لأنه يبعد أن يكون متمسك النادر من الأدلة أرجح، مع توفر نظر الجمهور وبحثهم.

ويتفرع على هذه القاعدة: أنه لا أثر للنادر، وقد يكون له أثر في بعض الصور، ويعبر عن ذلك أيضاً بأن النادر هل يلحق بجنسه، أو بنفسه؟ وفيه خلاف في صور:

منها: إذا راجت الفلوس رواج النقدين، فهل تعطى حكم النقدين في جريان الربا فيها، فيه وجهان:

---

(١) هو: أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، إمام مجتهد، له التفسير المشهور «جامع البيان»، كان شافعياً ثم اجتهد واعتنق مذهبه كثيرون، وكتبوا فيه، توفي سنة ٣١٠هـ. طبقات الشيرازي ص ٩٣، وأنباه الرواة للقفطي ٣/ ٢٩٦.

(٢) هو: أحمد بن علي المعروف بالجصاص، تفقه على أبي الحسن الكرخي، وكان معروفاً بالزهد والورع، من مؤلفاته: أحكام القرآن، والفصول في الأصول، توفي سنة ٣٧٠هـ. الفوائد البهية ص ٢٧، وتاج التراجم لابن قطلوبغا ص ٦ بغداد ١٩٦٢م.

(٣) البرهان ١/ ٧٢١، والمحصول ٢/ ق١/ ٢٥٧، والإحكام للآمدي ١/ ٣٣٦، وذكر أن ممن ذهب إلى هذا الرأي أبو الحسن الخياط من المعتزلة والإمام أحمد في رواية وممن نسبه إلى الإمام أحمد أبو الخطاب في التمهيد ٣/ ٢٦١، وابن قدامة في روضة الناظر ١/ ٣٥٨.

(٤) ذكر المصنف هذين الرأيين وهناك آراء أخرى في الموضوع هي:

١- تضر مخالفة الاثنين.

٢- تضر مخالفة الثلاثة.

٣- تضر مخالفة من بلغ عددهم حد التواتر دون من لم يبلغه إذا كان غيرهم أكثر منهم، فإذا كان أقل أو تعادلا فلا إجماع.

٤- تضر مخالفة من خالف إن ساغ الاجتهاد في مذهبه، بأن كان للاجتهاد فيه مجال، كقول ابن عباس بعدم العول، فإن لم يسغ كقوله بجواز ربا الفضل، فلا تضر مخالفته.

٥- تضر مخالفة من خالف ولو كان واحداً في أصول الدين الخطرة دون غيره من العلوم.

المصادر السابقة، وشرح اللمع ٢/ ٧٠٢، والمستصفى ١/ ١١٧، والإجماع في الشريعة الإسلامية لعلي عبد الرزاق ص ٦٢.

(٥) منتهى الوصول ٢/ ٣٤.

أصحهما: لا، اعتباراً بالغالب.

والثاني: نعم، لأن الغلبة جوهرية الأثمان في النقدين، وهي موجودة فيها، وعلى طريقة الجمهور تكون الغلبة جوهرية الأثمان الغالبة.

ومنها: أن ما ليس بمقدر، كالبطيخ والرمان الذي ليس له حالة جفاف، لا يباع على الجديد بعضه ببعض، فلو جفف نادراً فهل يجوز بيع بعضه ببعض وزناً؟ فيه وجهان مرتبان على حالة الرطوبة، وأولى بالجواز، وهو اختيار الإمام[1].

ومنها: أن الغالب من عادة المتبايعين عدم طول مدة الاجتماع، فلو استمرا جميعاً وطالت مدتهما كذلك أياماً وهو نادر، فالمذهب بقاء خيارهما إذا لم يتفرقا، وقيل: لا يزيد على ثلاثة أيام، لأنها نهاية الخيار المشروط.

وقيل: متى شرعا في أمر آخر، وأعرضا عما يتعلق بالعقد، وطال الفصل انقطع الخيار، حكاه في البيان[2].

ومنها: أن بقاء الولد في بطن أمه أربع سنين نادر جداً، وإذا أتت به لهذه المدة من حين فارقت الزوج، إما بغيبة أو بطلاق، لحقه ولم تعتبر الغلبة في أمثاله[3].

ومنها: إذا أتت به لستة أشهر ولحظتين من حين الدخول بالزواج لحقه، مع أن ذلك نادر جداً والغالب خلافه[4]، ولكن الشارع أعمل النادر في هاتين الصورتين سترا للعباد ورحمة بهم.

ومما يشبه اختيار ابن الحاجب[5] حجته قول الجمهور: الحمل على الغالب والأغلب، وذلك في صور كثيرة:

منها: أن من باع بدراهم أو دنانير غير معينة ولا موصوفة بصفة معينة انصرف ذلك إلى غالب نقد البلد، فإن كان فيه نقود بعضها أغلب من بعض، انصرف إلى الأغلب.

ومنها: من أتلف شيئاً لغيره متقوماً، لزمه قيمته كذلك[6].

---

(١) الروضة ٣/ ٣٨٢.

(٢) فتح العزيز ٨/ ٣٠٣، والروضة ٣/ ٤٣٨.

(٣) الروضة ٨/ ٣٧٧-٣٧٨.

(٤) قواعد الأحكام ٢/ ١٠٤.

(٥) في أن قول الجمهور حجة يعمل به وإنْ لم يسم إجماعاً.

(٦) المسألتان الأخيرتان في فتح العزيز ٨/ ١٤٠، والروضة ٨/ ٣٦٣.

ومنها: أن من ملك خمساً من الإبل سنة، لزمه فيها شاة من غالب شياه البلد أو من أغلبها.

ومنها: الفدية في الحج كذلك.

ومنها: جزاء الصيد فيه كذلك.

ومنها: الكفارة المرتبة والمخيرة كذلك.

ومنها: من أقر بشيء من النقدين كذلك إلاّ أن يعينه.

ومنها: إبل الدية في مال الجاني أو على العاقلة، تجب من غالب إبل البلد أو من أغلبها كذلك.

ومنها: نفقة الزوجة دون نفقة القريب فإن تلك غير مقدرة.

ومنها: أن من ملك التصرف بجهات عديدة فأطلق عقده، حمل على أغلبهن، كمن كان وصياً على يتيم، وقيماً في مال ولده، أو وكيلاً عن غيره، ثم اشترى شيئاً بثمن في الذمة وأطلق، انصرف ذلك العقد إليه، لأنه الأغلب أو الغالب من تصرفه، ولم ينصرف إلى ولده أو يتيمه أو موكله إلا بالنية[1]، وعلى هذا بنى الشافعي رحمه الله قوله ﷺ: من قتل قتيلاً فله سلبه ومن أحيا أرضاً ميتة فهي له، فإن الغالب من أقواله ﷺ التشريع العام دون الإمامة العظمى، فحمله الشافعي على ذلك بدون إذن الإمام، وحمله أبو حنيفة رحمه الله على التصرف بالإمامة، فقيده بإذنه[2].

وكذلك قوله ﷺ لهند[3]: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[4] الأرجح حمله على الفُتيا لأنه الغالب منه صلى الله عليه وسلم دون أن يكون حكماً خاصاً[5].

ومن الحمل على الغالب أيضاً: انقضاء العدة بثلاثة أقراء، وحل الوطء بعد الاستبراء بحيضة في المتبرئة، مع أن الأصح في المذهب أن الحامل تحيض، ولكن ذلك نادر، فحمل الأمر على الغالب، فإن تبين بعد ذلك الحمل، نقض ما رتب على انقضاء العدة.

---

(١) وردت بعض هذه الأمثلة في قواعد الأحكام ٢/ ١٢٠-١٢١.

(٢) قواعد الأحكام ٢/ ١٢١، وحاشية ابن عابدين ٦/ ٤٣٢، والموسوعة الفقهية الكويتية ٢٤١/ ٢-٢٤٢.

(٣) هي: هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان وأم معاوية بن أبي سفيان، أسلمت يوم الفتح بعد أن أسلم زوجها أبو سفيان، وتوفيت في خلافة عمر، وقيل في خلافة عثمان. الإصابة ٤/ ٤٢٥.

(٤) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٤/ ٤٠٥، وابن ماجه ٢/ ٧٦٩، والنسائي ٨/ ٢٤٧.

(٥) قواعد الأحكام ٢/ ١٢١.

وقد ذكر القرافي أمثلة كثيرة حمل الأمر فيها على النادر، إما قطعاً أو على الراجح، وأمثلة أخرى ألغي فيها الغالب والنادر جميعاً[1].

فمن الأول: طهارة الثياب التي ينسجها أهل الذمة، ومدمنو الخمر، ومن تكثر مخامرته النجاسة، وطين الشوارع وأمثال ذلك، وكثر منها، وليس ما ذكره من إلغاء الغالب والحمل على النادر بل من إعمال الأصل المستحصب كما تقدمت القاعدة الثانية من هذا الكتاب إما جزماً أو على الصحيح كما تقدم[2].

ومن القسم الثاني: شهادة الصبيان الذين كثر عددهم، ويغلب على الظن صدقهم، وكذلك النساء فيما لا يقبلن فيه، والعبيد، ودعوى الرجل الصالح الخير على من عرف بالفجور والكذب، فإن الغالب صدق المدعي، وقيل: فيه يمين المدعى عليه وشهادة العدل المبرز لولده، والغالب صدقه، إلى غير ذلك من الأمثلة التي ألغي فيها الغالب والنادر، وليس هذا كما ذكر، بل لمعارضة أصول أخر اقتضت طردها في هذه الصور النادرة، وحملاً على الغالب من الدعاوى والشهادات، وحسماً لمادة الاضطراب، والله أعلم.

قاعدة

الإجماع السكوتي: وهو أن يفتي واحد أو جماعة في واقعة، أو يحكم فيها ويشتهر بين بقية المجتهدين فيسكتون على ذلك من غير نكير.

فالمشهور من مذهب الشافعي أنه ليس بإجماع ولا حجة، وروى عنه أنه قال: لا أنسب إلى ساكت قولاً[3]، وروي عنه ما يقتضي أنه إجماع، فإنه استدل على إثبات القياس وخبر الواحد بعمل بعض الصحابة وسكوت الباقين، فلم يظهر منهم خلاف، وحمله بعضهم على تكرر ذلك في وقائع كثيرة، أفاد السكوت في جميعها الموافقة، وهو قدر زائد على فرض المسألة، وفيها أيضاً مذاهب أخر[4]، ويتخرج على هذا الخلاف مسائل:

---

(١) الفروق ٣/ ٢٠٣، ليس فيما أمكنني الوقوف عليه من كتب القرافي أمثلة كثيرة واكتفى في الفروق بذكر مثالين.

(٢) فتح العزيز ١/ ٢٧٧، والمجموع ١/ ٢٦٤.

(٣) اختلاف الحديث للشافعي بهامش الأم ٨/ ١٤٣، والمنخول ص ٣١٨.

(٤) للعلماء في الإجماع السكوتي خمسة مذاهب:

١- لا يكون إجماعاً ولا حجة، وهو ما ذهب إليه الشافعي والمالكية والباقلاني وعيسى بن أبان من الحنفية وهو مذهب داود.

=

منها: ما إذا علم البائع أن المشتري يطأ الجارية في مدة الخيار وسكت عليه، أو وطئها بحضرته وهو ساكت، فهل يكون بذلك مجيزاً للعقد؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لإشعاره بالرضا، وأيد ذلك بنص الشافعي في المختصر ولو عجل المشتري فوطئها فأحبلها[1] قبل التفرق في غفلة من البائع فاختار البائع الفسخ، كان على المشتري مهر مثلها[2]، فتقييد المسألة بما إذا وطئ في غفلة من البائع، يقتضي مفهومه أن حالة علمه بذلك بخلاف هذا.

وأصحهما: لا يكون البائع مجيزاً بسكوته، كما لو سكت على بيعه وإجازته، وكذا لو سكت على وطء أمته لا يسقط به المهر، وكذا لو سكت على إتلاف شيء من ماله من غير فعل منه، لا يسقط ضمانه، إلى غير ذلك من الأمثلة الكثيرة، والله أعلم.

ومنها: إذا حلق الحلال رأس المحرم وهو ساكت لم يمنعه مع القدرة، فوجهان، وقيل: قولان:

أحدهما: لا يجب على المحرم فدية، كما لو سكت على إتلاف ماله لا يكون آمراً بذلك.

وأصحهما: أنه كما لو حلق بأمره فيلزمه الفدية، قال الرافعي: لأن الشعر عنده إما كالوديعة أو كالعارية، وعلى التقديرين يجب الدفع عنه، ومقتضى هذا أنه إذا أتلف

= ٢- يعتبر إجماعاً وحجة قطعية وإليه ذهب أكثر الحنفية والإمام أحمد، وقد رجحه الشيرازي في اللمع.

٣- أنه إجماع بعد انقراض عصرهم وإليه ذهب أبو علي الجبائي.

٤- أنه ليس إجماعاً ولكنه حجة، وإليه ذهب أبو هاشم بن أبي علي، واختار الآمدي: أنه إجماع ظني يحتج به وهو قريب منه، وأيده ابن الحاجب والكرخي من الحنفية، وإليه ذهب أبو بكر الصيرفي من الشافعية.

٥- إذا كان القائل حاكماً لم يكن إجماعاً ولا حجة، وإن كان من فقيه فهو حجة، وإليه ذهب أبو علي بن أبي هريرة. شرح اللمع ٢/ ٦٩٠، والمنخول ص ٣١٨، والمحصول ٢/ق١/ ٢١٥، وروضة الناظر ١/ ٣٨١.

(١) لا أدري كيف يعرف العلائي والفقهاء حبل الجارية بهذه السرعة!

(٢) مختصر المزني مع الحاوي ٦/ ٦١.

وأصحهما: لا يكون البائع مجيزاً بسكوته، كما لو سكت على بيعه وإجازته، وكذا لو سكت على وطء أمته لا يسقط به المهر، وكذا لو سكت على إتلاف شيء من ماله من غير فعل منه، لا يسقط ضمانه، إلى غير ذلك من الأمثلة الكثيرة، والله أعلم.

ومنها: إذا حلق الحلال رأس المحرم وهو ساكت لم يمنعه مع القدرة، فوجهان، وقيل: قولان:

أحدهما: لا يجب على المحرم فدية، كما لو سكت على إتلاف ماله لا يكون آمراً بذلك.

وأصحهما: أنه كما لو حلق بأمره فيلزمه الفدية، قال الرافعي: لأن الشعر عنده إما كالوديعة أو كالعارية، وعلى التقديرين يجب الدفع عنه، ومقتضى هذا أنه إذا أتلف متلف الوديعة والمودع ساكت مع القدرة على دفعه يكون ضامناً وينزل سكوته منزلة الإذن بالإتلاف[1].

ومنها: إذا حمل أحد المتعاقدين من مجلس الخيار فأخرج، ولم يمنع من الكلام، ففيه طريقان:

أحدهما: القطع بأن خياره ينقطع، لأن سكوته عن الفسخ مع القدرة رضاً بالإمضاء وهي طريقة الصيدلاني.

والثاني: فيه وجهان: قال أبو إسحاق المروزي: ينقطع، وصحح الرافعي أن خياره لا يبطل، لأنه مكره في المفارقة، فكأنه لم يفارقه وسكوته كما لو سكت في المجلس[2].

ومنها: لو طعن الصائم بغير إذنه طعنه وصلت إلى جوفه، لكن أمكنه دفعه فلم يدفعه، فوجهان: حكاهما الدارمي.

وقال النووي: أقيسهما لا يفطر إذ لا فعل له[3].

وحكى الحناطي وجهاً: فيما لو أوجر[4] الصائم مكرها أنه يفطر، وقال الرافعي والنووي: وهو شاذ مردود[5].

---

(١) الروضة ٣/ ١٣٨.

(٢) الروضة ٣/ ٤٤١، والمجموع ٩/ ١٨١.

(٣) المجموع ٦/ ٣٢٥.

(٤) أي سقي دواء أو ماء في وسط حلقه. لسان العرب ٣/ ٨٨١.

(٥) (مردود) سقطت من ج، وانظر ذلك في فتح العزيز ٦/ ٣٨٦، والمجموع ٦/ ٣٢٥.

ومنها: إذا سمع رجلاً يقول عن مراهق أو بالغ: هذا ابني وذاك ساكت، يجوز أن يشهد بالنسب[1]، قال ابن الصباغ: وإنما أقاموا السكوت في النسب مقام النطق، لأن الإقرار على الأنساب الفاسدة لا يجوز[2]، ومنهم من شرط في ذلك أن يتكرر الحال.

ومنها: إذا حلف أن لا يفارق غريمه، ففر منه، فالظاهر أنه لا يحنث لأنه إنما حلف على فعل نفسه، فلا يحنث بفعل الغريم، وقال الصيدلاني: إن أمكنه منعه من الذهاب فلم يفعل حنث.

وحكى صاحب التهذيب عن شيخه أنه إذا أمكنه متابعته فلم يتابعه حنث[3].

ومنها: إذا التقط العبد لقطة وعلم السيد بها ولم ينتزعها منه، بل سكت ففيه قولان:

أظهرهما: أن الضمان يتعلق برقبة العبد وسائر أموال السيد.

والثاني: يختص تعلقه برقبة العبد[4].

ومنها: لو حلف لا يدخل الدار فحمل بغير إذنه، لكنه قادر على الامتناع فلم يمتنع، قال الرافعي: الظاهر أنه لا يحنث، لأنه لم يوجد منه الدخول[5]، منهم من جعل سكوته بمثابة الإذن في الدخول، وبه قال مالك وأحمد[6].

ومنها: الاتفاق على الاكتفاء بالسكوت من البكر في الإذن بالنكاح، للحديث الصحيح[7] فيه لكنه ليس من هذه القاعدة، لأن الشارع أقام سكوتها مقام النطق لاستحيائها ولذلك إنَّ الثيب لا يكتفى منها بالسكوت فهي مباينة لما تقدم.

---

(١) في جواز الشهادة بالنسب في هذه المسألة نظر، إذ يحتمل أن يكون الساكت فهم من كلمة ابني، المعنى المجازي الذي هو تنزيله بمنزلة الابن.

(٢) المنثور في القواعد ٢/ ٢٠٩.

(٣) الروضة ١١/ ٧٤.

(٤) ورد في نسخة ج بعد هذه المسألة مسألتان لم تذكرا في أ، ب وهما:
ومنها: إذا تبارز اثنان وشرط الأمان بينهما إلى انقضاء القتال فأعان الكافر جماعة من صفه ولم يكن ذلك باستنجاده لكنه سكت ولم يمنعهم فإنه ينتقض أمانه بذلك، ويجوز لهذا المبارز قتله، كما لو كان باستنجاده.
ومنها: إذا نقض بعض أهل العقد مقتضى العقد وسكت الباقون ولم ينكروا عليهم بقول ولا فعل ولا أظهروا موافقتهم فإنه ينتقض عهدهم أيضاً كما لو جرى منهم موافقة.

(٥) ذكر هذا الراي في المنثور في القواعد دون نسبته إلى أحد ٢/ ٢٠٩.

(٦) المغني ١١/ ٢٨٩.

(٧) الحديث عن أبي سلمة أن أبا هريرة حدثهم أن النبي ﷺ قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن» قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: «أن تسكت». صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٦/ ١٩١.

قاعدة

اختلف أئمة الأصول **هل يشترط في الإجماع اتفاق من يبلغ عددهم درجة التواتر أم لا يحتاج إلى ذلك؟** وهو مبني على أن المستند في حجية الإجماع هل هو الأدلة العقلية؟ وهو أن الجمع الكثير لا يتصور تواطؤهم على الخطأ، كما سلكه إمام الحرمين[١] وغيره[٢]، و الأدلة النقلية من الكتاب والسنة وهي طريقة الأكثر[٣].

فعلى الأول لا بد من اشتراط عدد التواتر، لأن من دونه يتصور اجتماعهم على الخطأ.

ومن سلك الأدلة السمعية اختلفوا فيه، والراجح أنه لا يشترط ذلك[٤]، فلو لم يبق من المجتهدين إلا واحد فهل يكون قوله وحده حجة؟ لأنه عبارة عن كل الأمة في ذلك أو لا يكون لما في معنى الإجماع من اجتماع من أكثر من واحد؟ فيه خلاف أيضاً[٥].

ويترتب على هذا اعتبار عدد الذين تنعقد بهم بيعة الإمام الأعظم[٦]، فقيل هم جمهور أهل الحل والعقد من كل بلد، ليكون الرضا بهم عاماً، حكاه الماوردي وضعفه[٧]، وقيل هم أهل الحل والعقد من العلماء والرؤساء ووجوه الناس، ولا يشترط اتفاقهم في سائر البلاد، واختاره القاضي حسين وصححه البغوي والرافعي وقال تفريعاً عليه: لا يتعين فيه عدد، بل لو تعلق الحل والعقد بواحد مطاع كفت بيعته لانعقاد الإمامة[٨]، وعلى هذا حكى الإمام[٩] اختلافاً في أنه هل يشترط حضور شهود معه؟ فمنهم من قال: لا بد من حضور شاهدين، وقيل: لا بد من حضور قوم يحصل بحضورهم الانتشار والإذاعة[١٠].

والوجه الثالث: أنه لا بد من مبايعة أربعين نفساً باعتبار الجمعة، واختلفوا هل يكونون أربعين غير الإمام أو يكفي كون الإمام أحدهم.

---

(١) البرهان ١/ ٦٨٣.

(٢) كالغزالي. المنخول ص ٣١٣.

(٣) المحصول ٢/ ق١/ ٢٨٣، وروضة الناظر ١/ ٣٤٧، والمسودة ٢٩٥.

(٤) الإحكام للآمدي ١/ ٣٥٨.

(٥) المحصول ٢/ ق١/ ٢٨٣، والإحكام للآمدي ١/ ٣٥٨.

(٦) الروضة ١٠/ ٤٣، وإتحاف السادة ٢/ ٢٦٣.

(٧) الأحكام السلطانية ص ١٨.

(٨) الروضة ١٠/ ٤٣.

(٩) الغياثي ص ٥٢-٥٩، والروضة ١٠/ ٤٣.

(١٠) الروضة ١٠/ ٤٣.

والرابع: تكفي بيعة خمسة، ولا ينعقد بما دونهم[1]، قال الماوردي: وهو قول أكثر الفقهاء والمتكلمين من أهل البصرة[2]، وقيل: أربعة، لأنهم أكمل نصاب في الشهادات وقيل: ثلاثة، لأنهم أقل ما ينطبق عليه اسم الجماعة اتفاقاً[3]، وقيل: اثنان لأنهم جماعة أيضاً على قول، وقيل: واحد كما تقدم، حكاه العمراني في الزوائد والماوردي[4] والله أعلم[5].

قاعدة

في الفرق بين الرواية والشهادة

وقد ذكر القرافي: أنه بقي زماناً يتطلب الفرق بينهما بالحقيقة حتى وجده محققاً في كلام الإمام المازري[6] في شرح البرهان[7]، فإن كثيراً من الناس يفرقون بينهما باختلافهما في بعض الأحكام، كاشتراط العدد والحرية والذكورة والبصر وعدم القرابة والعداوة في الشهادة دون الرواية، وهذا إنما يكون بعد تحقيق فصل كل واحد منهما عن الآخر، وإلا لزم الدور.

وحاصل الفرق بينهما: أن الشهادة والرواية[8] خبران، غير أن المخبر عنه إن كان أمراً عاماً لا يختص بمعين فهو الرواية، كالأحاديث المروية عن النبي ﷺ، فإن حكمها يتعلق بجميع الأمة ولا يختص بقوم دون قوم، بخلاف قول العدل للحاكم إن لهذا على هذا كذا، فإنه شهادة محضة، فلما كان إلزام المعين يتوقع فيه الحوامل الباطنة المقتضية لذلك، احتيط فيه باشتراط عدم القرابة والعداوة وبالاستظهار بالعدد المقوي للظن،

---

(١) ج: يكون المسامرة بشرح المسايرة للكمال ابن الهمام ٢٨١-٢٨٣، ونظام الحكم في الشريعة والتاريخ، ظافر القاسمي ص ٢٦٧.

(٢) الأحكام السلطانية ص ١٨.

(٣) نقله الماوردي عن بعض علماء الكوفة، قالوا: تنعقد بثلاثة يتولاها أحدهم برضى الاثنين ليكونوا حكماً وشاهدين كما يصح عقد النكاح بولي وشاهدين. الأحكام السلطانية ص ١٨.

(٤) الأحكام السلطانية ص ١٨-١٩.

(٥) قال محقق تهذيب الرياسة وترتيب السياسة للقلعة جي ص ٧٨:
وقد ناقش الإمام الجويني هذه الأقوال في كتابه غياث الأمم فقال: لم يقم دليل على عدد معين، وإنَّ أوجه الأقوال أن يكون المبايعون بحيث تحصل بهم شوكة ظاهرة ومنعة قاهرة بحيث لو نجم خلاف لتمكنوا من قهره والتغلب عليه. غياث الأمم ص ٥٢-٥٤.

(٦) ب: الماوردي.

(٧) الفروق ١/ ٤-٥.

(٨) ج: الرواية والشهادة.

وبالذكورة في غالب القضايا، لما في النساء من نقص العقل والدين، لأن النفوس تأنف من تحكيمهن فيهم، وكذلك الحرية أيضاً لما في الرق من النقص المقتضي للأنفة من نصبه مقبول القول على هذا المعين، وكذلك البصر، لأن مبنى حقوق الآدميين على التضييق المقتضي للاحتياط، والشهادة غالباً تستدعي رؤية، والسمع يشتبه، ولم يشترط شيء من ذلك في الرواية لأنها تقتضي شرعاً عاماً لا يتعلق بأحد دون أحد، فيبعد من العدل أن يضر عدوه أو ينفع قريبه بشيء لا يقتصر به عليه، بل يعم حكمه جميع الناس.

ثم وقع بين الرواية المحضة والشهادة المحضة صور أخذت من كل منهما شبها، ومن الحكم بين الناس أيضاً، فإنه اكتفي فيه بالواحد قطعاً، فاختلف في تلك بأي المراتب تلحق ليترتب عليها الأحكام تلك المرتبة الخاصة.

فالأول منها: قبول الواحد في هلال رمضان على الأرجح الذي نص عليه في غالب كتبه الجديدة[1]، وبه قطع كثيرون وصححه الباقون فإنه اختلف في مأخذه . . هل هو جار مجرى الشهادة أو مجرى الرواية؟

فمن جهة أنه لا يختص بشخص معين بل يعم جميع المكلفين في ذلك المصر أو الإقليم أو جميع البلاد على اختلاف الأقوال أشبه الرواية.

ومن جهة انه يختص بهذا القرن دون غيرهم ويحتاج فيه إلى نظر القاضي وبحثه عن عدالة المخبر أشبه الشهادة، والصحيح عند الجمهور أنه جار مجرى الشهادة، وقد نص عليه الشافعي في الأم[2]، والقائل بأنه رواية، أبو إسحاق المروزي[3].

ويبتنى على الخلاف فروع:

منها: قبول المرأة فيه، فعلى أنه رواية تقبل، وعلى أنه شهادة لا، لأن ذلك ليس مما لشهادة النساء فيه دخل[4].

ومنها: قبول العبد كذلك، وقد نص على أنه لا تقبل فيه المرأة والعبد.

ومنها: الصبي المميز الموثوق به لا يقبل فيه القول بأنه شهادة وعلى الرواية طريقان:

---

(١) قال في الأم ٢/ ١٣: فإن لم تر العامة هلال رمضان ورآه رجل عدل رأيت أن أقبله للأثر والاحتياط.
(٢) الأم ٢/ ٨، والمجموع ٦/ ٢٧٧.
(٣) المجموع ٦/ ٢٧٧.
(٤) فتح العزيز ٦/ ٢٥٤.

أرجحهما: لا يقبل قطعاً[١].

والثاني: فيه وجهان كالوجهين في قبول روايته[٢].

ومنها: اشتراط العدالة الباطنة لا بد منها على القول بأنه شهادة[٣]، وعلى القول بالرواية وجهان جاريان في رواية المستور، والأصح قبول قوله[٤].

ومنها: الإتيان بلفظ الشهادة، وفيه طريقان:

أحدهما: يشترط ذلك قطعاً.

والثاني: وبه قال الجمهور، فيه وجهان بناء على تغليب أحد الشبهين، فإن قلنا: شهادة، اشتراط ذلك، وإلا فلا، ولا حاجة إلى الدعوى على القولين لأنها شهادة حسبة[٥] والله أعلم.

ومنها: إذا أخبره من يثق به كزوجته وعبده وصديقه أنه رأى هلال رمضان، ولم يذكر ذلك عند القاضي، قطع طائفة بوجوب الصوم عليه بذلك، منهم ابن عبدان والغزالي في الإحياء[٦] والبغوي، وبناه إمام الحرمين وابن الصباغ على الخلاف إن قلنا: إنها شهادة لم يلزمه وإن قلنا: إنها رواية لزمه[٧].

ومنها: قبول الواحد فيه عن الواحد، فإن قلنا: يسلك به مسلك الرواية فوجهان، اختار الإمام وأبو علي السنجي والدارمي الاكتفاء بذلك، وصحح البغوي أنه لا بد في الفروع من اثنين[٨].

قال: لأنه ليس بخبر من كل وجه. بدليل أنه لا يجوز أن يقول: أخبرني فلان عن فلان أنه رأى الهلال، فعلى هذا هل يشترط إخبار حرين ذكرين أم يكفي فيه امرأتان أو عبدان؟ فيه وجهان:

---

(١) الروضة ٢/ ٣٤٥، والمجموع ٦/ ٢٧٧.

(٢) المجموع ٦/ ٢٧٧.

(٣) يكتفي البعض بالعدالة الظاهرة. فتح العزيز ٦/ ٢٥٧.

(٤) وبهذا قطع صاحب الإبانة والعدة والمتولي. المجموع ٦/ ٢٧٧.

(٥) المجموع ٦/ ٢٧٧.

(٦) الإحياء بشرح الزبيدي ٤/ ٣٣١.

(٧) فتح العزيز ٦/ ٢٥٦، والمجموع ٦/ ٢٧٧، وإتحاف السادة المتقين ٤/ ٣٣١.

(٨) فتح العزيز ٦/ ٢٦٥، والمجموع ٦/ ٢٧٨.

أصحهما: الأول.

وإن قلنا: إنه جار مجرى الشهادة، فهل تكفي شهادة واحد على شهادة الأصل أم لا بد من شهادة اثنين عليه؟ فيه وجهان:

صحح البغوي والرافعي والنووي أنه لا بد من شهادة اثنين عليه[١]، وقد فرع المتولي[٢] على قبول الواحد في هلال رمضان، ما إذا شهد عدل بتشهد ذمي مات، فلا يثبت بذلك إرث قريبه المسلم وحرمان قريبه الكافر اتفاقاً، وهل يقبل ذلك في وجوب الصلاة عليه؟ وجهان بناء على القولين في إثبات رمضان به[٣].

الثاني: الخارص[٤] وهو متردد بين شبه الشهادة وشبه الحكم فاختلف فيه هل يكتفى بواحد تغليباً لشبه الحاكم أم لا بد من اثنين تغليباً لشبه الشهادة؟ فيه قولان:

أصحهما: باتفاقهم يكفي واحد ومنهم من قطع بذلك[٥].

وحُكي وجه ثالث: إنْ خرص على محجور عليه، من صبي أو مجنون أو سفيه أو على غائب اشتراط اثنان، وإلا كفى واحد[٦]، ولا بد على القولين من اشتراط كونه مسلماً عدلاً عالماً بالخرص، وفي اشتراط الذكورة والحرية وجهان: إن اكتفيا بواحد اشترطا، وإلا فوجهان، أصحهما: الاشتراط.

ومنهم: من جوز أن يكون عدل وامرأتان دون العبد[٧].

الثالث: المسمع إذا كان القاضي أصم فينصب من يسمعه كلام الخصوم، وهل يكتفي بواحد أم لا بد من اثنين؟ فيه ثلاثة اوجه، مأخذها التردد بين شبه الرواية وشبه الشهادة:

أصحها: اشتراط اثنين.

والثالث: إن كان الخصمان أصمين أيضاً اشترط العدد وإلا كفى واحد.

---

(١) فتح العزيز ٦/ ٢٦٥، والمجموع ٦/ ٢٧٨.
(٢) المجموع ٦/ ٢٨١.
(٣) جزم القاضي حسين في فتاويه بأنه لا يقبل. المجموع ٦/ ٢٨١.
(٤) الخارص: الذي يَحْزِرُ ما على النخيل من الرطب تمراً، والخَرْص هو التقدير. لسان العرب ١/ ٨١٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ١٩٤.
(٥) المجموع ٥/ ٤٨٠.
(٦) قال النووي: وهذا الوجه مشهور عن العراقيين. المجموع ٥/ ٤٨٠.
(٧) الحلية ٨/ ١٦٦، والمجموع ٥/ ٤٨٠.

وفي إسماع الخصوم كلام القاضي وما يقوله الخصم، قال القفال: لا حاجة فيه إلى العدد،وكأنه اعتبره رواية فقط، فإن لم يشترط العدد في المسمع كفى إخبار القاضي بما يقوله الخصم كالرواية فإن شرطنا العدد في اشتراط لفظ الشهادة وجهان، أحصهما: أنه يشترط ذلك.

وفي اشتراط الحرية وجهان، على القولين كما تقدم في هلال رمضان.

الرابع: المترجم كلام الخصوم للقاضي إذا لم يعرف لسانهم، والمذهب اشتراط العدد فيه، وكذلك الحرية والذكورة[١].

ورأى الإمام طرد الوجوه التي في المسمع في المترجم أيضاً.

ونظير هذا الوجه الثالث أن يقال: إن كان الخصمان عارفين بالعربية لكن لا يحسنان التبعبير، لم يشترط العدد، وإن كانا لا يعرفانها فيشترط.

قال الرافعي رحمه الله وليجر الخلاف ـ يعني الذي في المسمع في لفظ الاشهاد وفي الحرية، على بعده ـ في المترجم، وعلى المذهب في اشتراط العدد، فإذا كانت الدعوى فيما يثبت برجل وامرأتين فهل تقبل الترجمة في ذلك أو لابد من رجلين؟ فيه وجهان:

اختار الجمهور الاكتفاء[٢].

وقال الإمام والبغوي: لا بد من رجلين[٣]، وفي ترجمة لفظ الشاهدين الأعجميين هل يكفي اثنان أم لا بد لكل واحد من اثنين؟ قولان، كالشهادة على الشهادة، وكذلك في الزنا هي يكفي ترجمة الاثنين أم لا بد من أربعة؟ فيه قولان كما في الشهادة على الإقرار بالزنى[٤]، وهل يجوز أن يكون المترجم أعمى؟ فيه وجهان، أصحهما: الجواز،وهذا تغليب لشائبة الرواية وفيما تقدم تغليب الشهادة، ففيه تناقض[٥] وكأنهم

---

(١) في اشتراط الذكورة على الإطلاق نظر، فقد قال الماوردي: فأما ترجمة المرأة فإن كانت فيما تقبل فيه شهادة المرأة كالإقرار بالأموال، سمعت ترجمة المرأة وحكم فيها بترجمة رجل وامرأتين.
وإن كانت فيما لا تقبل فيه شهادة المرأة كالإقرار بالحدود والمناكح لم تسمع فيه ترجمة المرأة.
الحاوي ٢٠/ ٢٤٤.

(٢) المهذب ٢/ ٣٠٤.

(٣) حاشية القليوبي ٤/ ٣٠١.

(٤) المهذب ٢/ ٣٠٤، والحاوي ٢٠/ ٢٤٤.

(٥) لا يوجد تناقض في هذه المسألة كما يذكر شيخنا العلائي، لأن الأعمى تقبل شهادته فيما يتعلق بالسماع، وإن كانت ترد فيما يتعلق بالبصر، والترجمة تعتمد على السمع دون البصر لذلك كانت =

اكتفوا برؤية الحاكم من يترجم الأعمى كلامه والله أعلم.

الخامس: القاسم المنصوب من جهة الحاكم، فيه قولان:

أحدهما: أنه لا بد من اثنين.

وأصحهما: أنه يكفي واحد، وبه قطع جماعة وصححه الباقون، والمأخذ تردد ذلك بين الحاكم والشاهد، والصحيح تغليب شبه الحاكم، وهذا إذا لم يكن في القسمة تقويم، فإن كان فيها تقويم فلا بد من العدد اتفاقاً[1]، إذ التقويم شهادة مجردة، فلا بد فيها من اثنين، وكذلك التزكية يشترط العدد فيها لأنها شهادة محضة.

وعند مالك يكفي واحد في التقويم تشبيهاً بالحاكم والله أعلم.

السادس: القائف: وفيه خلاف، ومأخذه التردد بين شبه الرواية، لأنه منتصب انتصاباً عاماً لإلحاق النسب، وشبه الشهادة، والأصح: الاكتفاء بواحد تغليباً لشائبة الرواية.

السابع: في الرجوع إلى قول الطبيب وذلك في مواضع.

منها: إذا قال: إن الماء المشمس يورث البرص، قال في البيان وغيره[2]: إن قال ذلك طبيبان كره، وإلا فلا، وضعفوه لأن الحديث[3] لم يشترط فيه ذلك.

قال النووي في شرح المهذب[4]: هذا التضعيف غلط، بل هذا الوجه هو الصواب، وإن لم نجزم بعدم الكراهية وهو موافق لنص الشافعي في الأم[5] لكن اشتراط طبيبين ضعيف، بل يكفي واحد فإنه من باب الإخبار.

ومنها: اعتماده في المرض المجوز للعدول عن الماء إلى التيمم، والذي قطع به الجمهور أنه يكفي قول طبيب واحد حاذق[6].

= شهادته مقبولة.
الحاوي ٢٠/ ٢٤٤.

(١) حلية العلماء ٨/ ١٦٥، والروضة ١١/ ٢٠١، وكفاية الأخيار ٢/ ٥١٢.

(٢) المجموع ١/ ٨٨.

(٣) الحديث عن جابر أن عائشة رضي الله عنها شمست ماء لرسول الله ﷺ فقال النبي ﷺ: «لا تفعلي يا حميراء فإنه يورث البرص». سنن البيهقي ١/ ٦، قال النووي في المجموع ١/ ٨٨: هذا ضعيف باتفاق المحدثين.

(٤) المجموع ١/ ٨٨.

(٥) نص عبارة الشافعي في الأم ١/ ١٦: ولا أكره المشمس إلاّ من وجهة الطب.

(٦) المجموع ٢/ ٢٨٦.

وحكى الرافعي[1] عن أبي عاصم العبادي أنه حكى وجهاً في اشتراط العدد، وقال النووي: والصحيح الأول، لأنه من باب الإخبار وفيه وجه[2] أنه يجوز اعتماد الصبي المراهق والفاسق[3]، وآخر أنه يجوز اعتماد العبد والمرأة في ذلك إذا كانا عارفين[4].

وحكى الرافعي في كتاب الوصية وجهاً عن أبي سليمان الخطابي[5] أنه يجوز ذلك بقول الطبيب الكافر، كما يجوز شرب الدواء من يده وهو لا يدري أنه داء أو دواء[6].

ومنها: اعتماده في كون المرض المخوف في الوصية إذا لم يدر هل المرض مخوف أم لا؟

قال الرافعي: لا بد في المرجوع إليه من الإسلام والبلوغ والعدالة والحرية ولا بد من العدد أيضاً، وقد ذكرنا وجهاً في جواز العدول من الوضوء إلى التيمم بقول واحد، وذكر بقية الأوجه المتقدمة، ثم قال: ولا يبعد أن يطرد هذا الخلاف هنا، وقد قال الإمام هنا: الذي أرى لا يلحق بالشهادات من كل وجه، بل يلحق بالتقويم وتعديل الأنصباء حتى يختلف الرأي في اعتبار العدد[7] وغيره.

وقال النووي في الروضة[8]: المذهب الجزم باشتراط العدد وغيره، لأنه يتعلق بهذا حقوق الآدميين من الورثة والموصى لهم فاشترط فيه الشهادة كغيرها، بخلاف الوضوء فإنه حق لله تعالى وله بدل[9].

ومنها: إخبار من يخبر بأن هذا المجنون ينفعه التزويج فإنه يزوج لذلك، وظاهر

---

(١) فتح العزيز ٢/ ٢٧٥.

(٢) وصفه الرافعي بأنه شاذ ووصفه النووي بأنه ضعيف.

(٣) علله النووي لعدم التهمة.

(٤) ولا يجوز اعتماد الكافر بالاتفاق. المجموع ٢/ ٢٨٦.

(٥) هو أبو سليمان حمد ـ بفتح الحاء وسكون الميم ـ بن محمد بن إبراهيم، كان فقيهاً رأساً في العربية والأدب، أخذ الفقه عن القفال الشاشي وغيره، له مصنفات منها: معالم السنن وإصلاح خطا المحدثين، توفي سنة ٣٨٨هـ.
طبقات السبكي ٣/ ٢٨٢، وطبقات الأسنوي ١/ ٤٦٧.

(٦) الروضة ٦/ ١٢٩، والأنصباء: جمع نصيب، وهو الحظ من كل شيء.

(٧) الروضة ٦/ ١٢٩.

(٨) المصدر السابق.

(٩) هذا هو رد النووي على قول الرافعي وكذلك رد على قول الإمام فقال: وليس كالتقويم الذي هو تخمين في محسوس يمكن تدارك الخطأ إن وقع فيه. الروضة ٦/ ١٢٩.

كلام الرافعي والروضة اشتراط العدد فإنه قال: ويجب عليه تزويج المجنونة والتزويج من المجنون عند مسيس الحاجة، إما بظهور أمارات التوقان أو بتوقع الشفاء عند إشارة الأطباء[١]، وكذلك أعاد الكلام في الباب الثاني في تزويج غير المجبر المجنونة أو يشير أرباب الطب بأن في تزويجها توقع الشفاء[٢] وكذلك قال ابن الصباغ في الشامل لا يزوجها الحاكم إلا إذا قال أهل الطب إن شفاءها في ذلك ولم أجد أحداً تعرض إلى الاكتفاء بواحد فيه، ولا يبعد، لأنه جار مجرى الإخبار.

الثامن: إذا اختلف البائع والمشتري في بعض الصفات هل هي عيب أم لا؟ قال في التهذيب: يرجع إلى قول واحد من أهل الخبرة بأنه عيب يثبت به الرد، واعتبر صاحب التتمة فيه شهادة اثنين، وهو الذي يظهر ترجيحه لقوة شبهه بالشهادة كالتقويم[٣].

التاسع: في بعض الحاسمين، هل يجوز الاقتصار على حكم واحد؟ فيه وجهان، واختار ابن كج المنع[٤] لظاهر الآية[٥].

قال الرافعي: ويشبه أن يقال إنْ جعلناه تحكيماً فلا يشترط العدد، وإن جعلناه توكيلاً فكذلك إلا في الخلع فيكون على الخلاف في تولي واحد طرفي العقد.

العاشر: ذكر الرافعي في كتاب الوكالة فيما إذا ادعى الوكيل لموكله الغائب وهو غير معروف أنه لا بد وأن يعرف بالموكل شاهدان يعرفهما القاضي ويثق بهما، هذه عبارة العبادي[٦]، والذي قاله العراقيون: لا بد من إقامة البينة على أن فلان بن فلان وكله، ثم حكى عن القاضي أبي سعيد بن يوسف أنه قال في شرح مختصر العبادي يمكن أن يكتفى بمعرف واحد إذا كان موثوقاً به[٧] كما ذكر الشيخ أبو محمد: أن تعريف المرأة في تحمل الشهادة عليها يحصل بمعرف واحد، لأنه إخبار وليس بشهادة[٨].

قلت: اتفقوا على أنه يقبل قول الواحد في نجاسة الماء ونحوه، وفي دخول وقت

---

(١) الروضة ٧/ ٧٧.

(٢) الروضة ٧/ ٩٦.

(٣) الروضة ٣/ ٤٨٩.

(٤) الروضة ٧/ ٣٧٢.

(٥) الآية قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ٣٥].

(٦) الروضة ٤/ ٣٢٢.

(٧) فتح العزيز ١١/ ٥٦، الروضة ٤/ ٣٢٢.

(٨) فتح العزيز ١١/ ٥٦، والروضة ٤/ ٣٢٣.

الصلاة لا سيما المؤذن العارف، وعلى قول الواحد في الهداية والإذن في الدخول، بل وقول الصبي المميز أيضاً للقرينة، ونقل ابن حزم[1] في مراتب الإجماع[2] له: إجماع الأمة على قبول المرأة الواحدة في إهداء الزوجة لزوجها في ليلة الزفاف، مع أنه إخبار عن تعيين مباح جزء بجزء فكان مقتضاه أن لا يقبل في مثله، لكن اعتضد بالقرينة المستمرة عادة أن التدليس لا يدخل في مثل هذا ويبدل على الزوج غير زوجته والله أعلم.

قاعدة

الأخبار تنقسم إلى متواتر ومستفيض وخبر واحد، فالمتواتر حده معلوم[3]، وقالوا المستفيض: ما زادت نقلته على ثلاثة[4]، وللقاضي الماوردي في الحاوي[5] تفصيل غريب جعل المستفيض أقوى من المتواتر، وكل منهما يفيد العلم، فالمستفيض ما استوى فيه الطرفان والوسط وكل طبقة فيه تبلغ حد المفيد للعلم.

والمتواتر ما ابتدأ به الواحد بعد الواحد حتى يكثر عددهم وينتشر فيكون أوله من أخبار الاحاد وآخره من المتواتر، وتراعى فيه عدالة المخبرين، بخلاف الخبر المستفيض، ويكون المتواتر ما انتشر عن قصد الرواية، وأخبار الاستفاضة تنتشر من غير قصد.

هذا معنى ما قاله[6] بعبارة طويلة، وحاصله أنه عكس التسمية، فسمى المتواتر مستفيضاً وبالعكس، ومثل المستفيض بأعداد الركعات، والمتواتر بنصب الزكوات، وليس في هذا إلا تغير التسمية، وقد وافقه على إفادة المستفيض العلم ـ وهو الذي تسميه أهل الحديث بالمشهور ـ الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني، حكاه عنه الإمام في البرهان[7] والأستاذ أبو منصور التميمي[8] أحد أئمة أصحابنا في كتابه الأصول الخمسة

---

(١) ابن حزم: هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، إمام الفقه والأصوال والحديث، له مؤلفات، منها: المحلى في الفقه والأحكام في الأصوال، توفي سنة ٤٥٦هـ. تذمرة الحفاظ ٣/ ١١٤٦، وشذرات الذهب ٣/ ٣٩٩.

(٢) مراتب الإجماع ص ٧٥، ومراتب الإجماع كتاب ذكر فيه ابن حزم المسائل التي أجمع عليها العلماء في الفقه، وقد نشرت دار الآفاق في بيروت الطبعة الأولى سنة ١٩٧٨م.

(٣) المتواتر: ما نقله من يحصل العلم بصدقهم ضرورة عن مثلهم من أوله إلى آخره. تقريب النووي بشرح تدريب الراوي ٢/ ١٧٦.

(٤) تدريب الراوي ٢/ ١٧٣.

(٥) الحاوي ٢٠/ ١٤١.

(٦) أي الماوردي.

(٧) البرهان ١/ ٥٨٤.

(٨) هو عبد القاهر بن طاهر بن محمد التميمي البغدادي، أخذ العلم عن أبي إسحاق الإسفراييني =

عشر[١] وقال كل منهما: إنه يفيد العلم النظري[٢].

والمتواتر: هو ما استوى فيه الطرفان والواسطة، يوجب العلم الضروري[٣].

وقد اختلف أصحابنا في حد الاستفاضة التي تكون مستنداً للشاهد بها، فاختار الشيخ أبو حامد والشيخ أبو إسحاق الشيرازي وأبو حاتم القزويني[٤]: أن أقل ما تثبت به الاستفاضة سماعه من اثنين، وإليه ميل إمام الحرمين[٥].

وقال آخرون: يشترط فيها أن يكون سمع ذلك من عدد يمتنع تواطؤهم على الكذب، وهو اختيار ابن الصباغ والغزالي والمتأخرين[٦].

وقال الرافعي[٧]: هو أشبه بكلام الشافعي[٨] رحمه الله.

وفيه وجه ثالث حكاه أبو الفتح السرخسي: يجوز الاعتماد على قول الواحد إذا سكن القلب إليه[٩].

= وغيره إلى أن برع ودرس في سبعة عشر علماً، صنف كتباً كثيرة منها: الملل والنحل، والكلام في الوعيد، والفاخر في الأوائل والأواخر، توفي سنة ٤٢٠هـ. طبقات الأسنوي ١/ ١٩٤-١٩٥، وتراث العرب العلمي ص ٣٠٤.

(١) لم أعثر على تعريف لهذا الكتاب فيما بين يدي من المراجع.

(٢) النظري: هو الذي يحتاج إلى نظر ودليل. ميزان الأصول ١/ ١٠٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ٤٨٢.

(٣) هو الذي لا يحتاج إلى نظر أو دليل. ميزان الأصول ١/ ١٠٣، ومعجم لغة الفقهاء ص ٢٨٤.

(٤) هو أبو حاتم محمود بن الحسن بن محمد القزويني، تفقه بآمل ثم قدم بغداد ودرس الفرائض وأصول الفقه، وكان حافظاً للمذهب والخلاف. وصنف كتباً كثيرة في المذهب والخلاف والأصول والجدل. توفي سنة ٤٤٠هـ.
تهذيب الأسماء والصفات ٢/ ٢٠٧. طبقات السبكي ٥/ ٣١٢.

(٥) قال الماوردي بعد أن ذكر رأي الشيخ أبي حامد: (وهذا وهم منه. لأن قول الاثنين من أخبار الآحاد. وأخبار الآحاد لا تبلغ حد الشائع المستفيض. فوجب أن يعتبر فيه العدد المقطوع بصدق مخبره وهو عدد التواتر المنتفي عنه المواطأة والغلط). الحاوي ٢١/ ٣٨.

(٦) وكذلك هو اختيار الماوردي. الحاوي ٢١/ ٣٨. والروضة ١١/ ٢٦٨.

(٧) الروضة ١١/ ٢٦٨.

(٨) كلام الشافعي: هو (العلم من ثلاثة أوجه. منها: ما عاينه فيشهد به. ومنها: ما تظاهرت به الأخبار وثبتت معرفته في القلوب فيشهد عليه. ومنها: ما أثبته سمعاً مع إثبات بصر من المشهود عليه).
مختصر المزني مع الحاوي ٢١/ ٣٦.

(٩) الروضة ١١/ ٢٦٨.

والوجه الثاني هو الأصح.

قال الرافعي: إذا قلنابه، فينبغي أن لا نعتبر العدد ولا الحرية ولا الذكورة[1]، يعني لأن المناط فيه الإشاعة القريبة من التواتر، أو ما يعتبر في التواتر.

ولا يراعى في التواتر عدالة المخبرين بل ما يمنع العادة تواطؤهم على الكذب ووقوعه منهم اتفاقاً من غير مواطأة ليحصل العلم بخبرهم.

فائدة

نقلت مما انْتُقِيَ من تعليق القاضي صدر الدين موهوب الجزري[2] يشهد بالسماع في اثنين وعشرين موضعاً وهي: النسب، والموت، والنكاح، والولاء، وولاية الوالي وعزله، والرضاع، وتضرر الزوجة، والصدقات، والأشربة القديمة، والإحباس، والتعديل والتجريح لمن لم يدركه الشاهد، والإسلام، والكفر، والرشد، والسفه، والحمل، والولادة، والوصايا، والحرية، والقسامة، ولم أرها هكذا مجموعة لغيره.

فأما النسب فمتفق عليه[3]، وفي النسب إلى الأم وجهان، أصحهما: الجواز.

وفي العتق والولاء والوقف والزوجة خلاف، والأصح الجواز أيضاً.

وفي الموت كذلك، والأظهر القطع بالجواز فيه.

وأما الملك ففي الشهادة به بمجرد الاستفاضة، وجهان، قال الرافعي[4]: أقربهما إلى إطلاق الأكثرين، الجواز كالنسب، والظاهر أنه لا يجوز ما لم تنضم إليه اليد أو التصرف[5]، وبقية الصور فيها الخلاف أيضاً، لأنها داخلة فيما تتوفر الطباع على إشاعته.

وقد حكى الغزالي في جواز الشهادة بها بالتشايع الخلاف.

---

(١) الروضة ١١/ ٢٦٨.

(٢) هو القاضي صدر الدين موهوب الجزري، أخذ العلم عن السخاوي والعز بن عبد السلام، وتفقه وبرع في المذهب والأصول والنحو، وتخرجت به الطلبة وجمعت عنه الفتاوي المشهورة، ومن آثاره الدر المنظوم في حقائق العلوم، توفي بمصر سنة ٦٦٥هـ. طبقات السبكي ٥/ ١٩، وطبقات الأسنوي ١/ ٣٧٩-٣٨٠. وشذرات الذهب ٥/ ٣٢٠.

(٣) الحاوي ٢١/ ٣٧.

(٤) الروضة ١١/ ٢٦٩، ونقل الماوردي في الحاوي ٢١/ ٣٧: الإجماع على الجواز.

(٥) وهو ما اختاره الإمام الغزالي والقاضي حسين. الروضة ١١/ ٢٦٩.

ومنه أيضاً: الغصب، ذكره الماوردي في الأحكام السلطانية أنه يثبت بالاستفاضة[1].

والدين أيضاً، حكى الهروي في الإشراف وجهاً أنه يثبت بها وفي كلام ابن الصباغ ما يقتضيه[2]، ولم يذكر فيما تقدم هذا وإن المراد بالقسامة ثبوت اللون وليس فيه خلاف، فإنه يثبت بقول عدل واحد وشهادة العبيد والنساء وكذلك بقول الفسقة والصبيان والكفار على الأصح، ويجوز أن يكون المراد بما تقدم أن من سمع من هؤلاء يجوز له أن يشهد باللوث والله أعلم.

فائدة

قال الروياني في كتاب الفروق له: كل ما جاز للإنسان أن يشهد به فله أن يحلف عليه، يعني إذا كان الحق له وقد لا يجوز العكس في مسائل:

منها: أن يخبره ثقة أن فلاناً قتل أباه أو غصب ماله فإنه يحلف ولا يشهد، وكذا لو رأى بخطه أن له ديناً على رجل أو أنه قضاه، يعني بخط مورثه، فله الحلف عليه إذا قوي عنده صحته[3] ولا يشهد لأن باب اليمين أوسع إذ يحلف الفاسق والعبد ومن لا تقبل شهادته ولا يشهدون.

فائدة

ذكر الإمام أن ما يكون مستند الشاهد فيه الظن، كالعدالة والملك والإرث والإعسار لا يجوز فيه للحاكم أن يحكم بعلمه، واعترض عليه بعض المتأخرين بنص الأصحاب: على أنه يحكم في التعديل بعلمه، فلم لا يكون في الباقي كذلك؟ ويمكن الفرق بين العدالة وما ذكره الإمام، بأن التعديل ليس حكماً على معين، بل هو كالرواية التي تعم الناس، فكذلك هنا نصبه هذا عدلاً بالنسبة إلى كل أحد، بخلاف البقية فإنها حكم على أشخاص معينين بما لا ينتهي إلى اليقين فامتنع للتهمة، ولكن لو فرضنا توافر القرائن عند الحاكم بالإعسار أو الإرث أو الملك حتى انتهى فيه إلى اليقين، فيتعين حينئذ تخريجه على القضاء بالعلم ولعل الإمام لا يمنع ذلك في هذه الصورة والله أعلم.

قاعدة

القرائن إذا احتفت بالخبر حصل العلم عند إمام

---

(١) الأحكام السلطانية ص ١٣٥.

(٢) قال في الروضة ١١/ ٢٧١: (لا يثبت الدين بالاستفاضة على الأصح).

(٣) الروضة ١١/ ١٥٩.

الحرمين[1]، واختاره الآمدي[2] وابن الحاجب[3] وكذلك فخر الدين[4] في أثناء كلام له.

وصرح ابن الحاجب: بأن العلم حصل من مجموع الخبر والقرائن المحتفة به لا من القرائن وحدها[5]، وفي كلام فخر الدين في مسألة الدلائل النقلية أن العلم إذا حصل فهو من مجرد القرائن لا من المجموع، وهذا ظاهر كلام الإمام في البرهان[6] والأنباري[7] في شرحه ومقتضى كلام الأصحاب، فإنهم قالوا: إن الإعسار ليس مما يشاهد، ويعسر الاطلاع عليه فتبنى الشهادة فيه على القرائن، ومراقبة الشخص في الخلوات، ليعرف صبره على الضر والإضاقة، فجعلوا الشهادة به مبنية على القرائن فقط، وقد اعتبر القرائن أيضاً في مواضع، وغالبها لإفادة الظن فيما لم يكن فيه ظن قبلها.

فمنها: الاعتماد على قول الصبي المميز في الإذن في دخول الدار وحمله الهدية على الأصح.

ومنها: مسائل اللوث جميعها في باب القسامة دائرة مع القرائن.

ومنها: إذا ادعى سبق اللسان إلى الطلاق حيث لا يقبل من مدعيه، ووجدت قرينة تدل عليه، كما إذا قال: طلقتك ثم قال: سبق لساني، وكنت أقول طلبتك، فعن نص الشافعي أنه لا يسع امرأته أن تقبل[8] منه، وحكى الرافعي عن الروياني أنه حكى عن صاحب الحاوي وغيره أن هذا فيما إذا كان الزوج متهماً، أما إذا قامت قرينة تدل على صدقه، وغلب على ظنها ذلك بأمارة فلها أن تقبل قوله ولا

---

(١) البرهان ١/ ٥٧٧.

(٢) الآمدي ٢/ ٥٠.

(٣) منتهى الوصول ٢/ ٥٥.

(٤) المحصول ٢/ ق١/ ٤٠٢.

(٥) منتهى الوصول ٢/ ٥٥.

(٦) البرهان ١/ ٥٧٧.

(٧) هو أبو البركات عبد الرحمن بن محمد بن عبدالله الشافعي، تفقه على ابن الرزاز، برع في الأدب حتى صار شيخ العراق، له (١٣٠) مصنفاً في اللغة والأصول والزهد. منها: الميزان في النحو، وطبقات الأدباء المتقدمين والمتأخرين، انقطع آخر عمره للعلم والعبادة. توفي سنة (٥٧٧) هـ. انظر طبقات الأسنوي ١/ ١٢٠ وشذرات الذهب ٤/ ٢٥٨.

(٨) الروضة ٨/ ٥٣.

تخاصمه[١]، وكذلك إذا كان اسم امرأته مما يقارب حروف طالق، كطالب وطارق، فقال: يا طالق وادعى التفاف الحروف بلسانه، فإنه يقبل لقوة القرينة، وكذلك إذا كانت بحضرة الشهود وقامت عندهم القرينة لم يكن لهم أن يشهدوا عليه[٢].

قال الروياني: وهذا هو الاختيار[٣]، بخلاف ما إذا قال: أنت طالق، ثم قال: أردت من وثاق، حيث جرى فيه الخلاف، لأن اللفظ على هذه الصورة كالمستكره في حال النكاح فيبعد قبول التأويل فيه، ولو قال: أنت يا مطلقة كان إنشاء الطلاق قرينة تمنع الوقوع بالثاني إلا أن ينوي به الإنشاء، فيرجع إلى نيته، هل أراد زيادة أم لا؟[٤]

ومنها: إذا رآه يضرب آخر بالسيف، ومات عقب ذلك، وقامت القرينة عنده أنه مات من تلك الضربة مع انهيار الدم، فإنه يشهد بأنه قتله، وإن لم ير الشاهد إلا ظهور الدم بعد الضرب واتصل الموت، ولم تقم عنده قرينة على أن الموت حصل به فهل يشهد بأنه قتله؟

تردد فيه الإمام[٥] وقال: هو بمثابة الشهادة على الملك تعويلاً على اليد، والوجه عندي أنه لا يشهد بالقتل، فإن معاينة القتل ممكنة وتلقي العلم من قرائن الأحوال ليس بعسير، والأملاك لا مستند لها من يقين وغاية المتعلق فيها مخايل، وتبعه الرافعي على ذلك والنووي أيضاً[٦].

ومنها: إذا حضر المقر إلى شهوده وقال: أنا أقر بكذا مكرهاً وظهرت قرائن الإكراه، ثم أقر في تلك الحالة، فإنه لا يشهد عليه بما أقر به.

ومنها: جواز أكل الضيف بالتقديم من غير لفظ، وجواز التصرف في الهداية المسيرة إليه من غير لفظ أيضاً، لقيام القرينة في ذلك.

ومنها: قال الإمام[٧]: الخلاف في أن البيع ونحوه هل ينعقد بالكناية مع النية مفروض فيما إذا انعدمت قرائن الأحوال، فأما إذا توافرت وأفادت التفاهم فيجب القطع بالصحة،

---

(١) المصدر السابق.
(٢) الروضة ٨/ ٥٣.
(٣) المصدر السابق.
(٤) الروضة ٨/ ٥٣.
(٥) الروضة ١٠/ ٣٢.
(٦) الروضة ١٠/ ٣٢.
(٧) فتح العزيز ٨/ ١٠٤، والروضة ٣/ ٣٣٩.

ثم ذكر أن النكاح لا ينعقد بها مع توافر القرائن، لأن الإثبات مع الجحود من مقاصد الإشهاد وقرائن الإحوال لا تنفع فيه، ولأن النكاح مخصوص بضرب من التعبد والاحتياط لحرمة الأبضاع، واختار الغزالي في الوسيط في البيع المقيد بالإشهاد أنه ينعقد عند توافر القرائن[١]، وكأنه اختار تعليل المنع في النكاح بالتعبد فقط، وكذلك قاله الرافعي في البيع المقيد بشرط الإشهاد أن القرائن ربما تتوافر فتفيد الاطلاع على ما في باطن الغير[٢].

ومنها: قد علم أنه يحرم السوم على السوم إذا صرح له بالرضا، فإن لم يصرح وجرى ما يدل على الرضا ففي تحريمه وجهان، كالقولين في تحريم الخطبة في نظيره على خطبة الغير.

والجديد أن ذلك لا يحرم، اعتضاداً بالأصل في الإباحة إلى أن يحصل صريح الرضا، ومقتضى هذا أن القرائن إذا توافرت وأفادت العلم أو غلبة الظن بالإجابة أنه يحرم، وكذلك اختلفوا في أن مجرد السكوت هل هو من أدلة الرضى؟ قالوا: ففي الخطبة نعم، وأما في صورة السوم فالأكثرون على أنه لا يدل عليه، بل هو كالتصريح بالرد[٣].

ومنها: ما تقدم في الأسباب الفعلية من إعطاء الفقير الصدقة، خلعه الأمير على من دونه، ونحر الهدي وغمس نعله في دمه وحصة البيع بالمعاطاة، واستعمال من جرت عادته بالعمل بأجرة، ووضع العوض في الخلع بين يدي الزوج، فإن كل ذلك دائر مع القرائن والأحكام فيه مرتبة عليها.

ومنها: رهن الوديعة عند المودع وهبتها منه، هل يكون ذلك قرينة في الإذن في قبضها بجهة الرهن والهبة أو يحتاج إلى إذن جديد؟ فيه خلاف والأصح أنه لا بد من إذن جديد.

ومنها: من لم يعهد له مال وهو محبوس، وقلنا: لا يقبل قوله مطلقاً، قالوا: يبعث القاضي شاهدين يستخبران عن منشئه ومولده ومنقلبه ليحصل لهما غلبة الظن بقرينة الحال فيشهدان بما ظهر لهما، وقد تقدم أن الشهادة بالفلس كلها دائرة على القرائن، وفي المذهب أيضاً صور في القرائن غير ما ذكرنا، والله أعلم.

---

(١) فتح العزيز ٨/ ١٠٤.

(٢) فتح العزيز ٨/ ١٠٤، والروضة ٣/ ٣٣٩.

(٣) الروضة ٣/ ٤١٤.

قاعدة

كل ما شرط في الراوي والشاهد فهو معتبر عند الأداء لا عند التحمل إلا في مسألتين:

إحداهما: الشهادة في النكاح، فإن الشروط فيه معتبرة عند التحمل أيضاً، لتوقف انعقاد العقد على شهادة عدلين، لكن استثني فيه أيضاً انعقاده بالمستورين على الصحيح كما تقدم.

وثانيتهما: رواية الصبيان قبل البلوغ وفيها ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يصح منه التحمل قبل البلوغ، لضعف ضبطه ولا الرواية بطريق الأولى.

والثاني: يصحان جميعاً منه، حكاه إمام الحرمين والغزالي[1] وسائر الخراسانيين وغيرهم، لأن الرواية مبنية على المسامحة، واحتمل فيها ما لا يحتمل في غيرها، كاعتماده على خطه وعدم المبالاة بالتهمة، فتقبل رواية الراوي العدل بما ينفع قريبه ويضر عدوه لما تقدم أن مقصودها التشريع العام لا هذا الخاص.

والثالث: وهو الأصح الذي عليه الجمهور والعمل أنه يقبل تحمله قبل البلوغ دون روايته وتصح روايته بعد البلوغ ما تحمله قبله، لإجماع الصحابة ومن بعدهم على قبول مثل ذلك[2]، وقد أجري الخلاف في روايته قبل البلوغ في مسائل.

منها: وصيته.

---

(١) عبارة شيخنا العلائي فيها إشكال، فقوله: (حكاه إمام الحرمين والغزالي) هل المقصود: حكياه عن غيرهما؟ أو هو رأيهما؟.
فإذا كان المقصود به أنهما حكياه عن غيرهما فهذا صحيح، أما إذا كان المقصود أنه رأيهما فهو غير دقيق، فقد ذكر الإمام في البرهان ١/ ٦١٢ فصل صفة الرواة: (فأما البلوغ فقد اختلف الأصوليون في اشتراطه وتردد الفقهاء في ذلك أيضاً. . . . . . والقاضي يرى رد روايته، وهو المختار عندنا) وذكر من الأدلة على ذلك أن أصحاب رسول الله ﷺ ما راجعوا الصبيان الذين يخالطون رسول الله مع مسيس حاجتهم إلى من يخبرهم عن دقائق أحواله وراء الحجب.
ثم قال: (ونحن نرى القطع برد روايته).
أما الغزالي، فقد جاء في المستصفى باب شروط الراوي وصفته ١/ ١٥٦ إخباره في المسألة فقال: (الأول التكليف فلا تقبل رواية الصبي لأنه لا عقل له يخاف به من الله ويمنعه من الكذب)، وقال في المنخول ص ٢٥٧: (وأما الصبي فإن كان عدماً لا تقبل روايته كالبالغ الفاسق، وأما الصبي المتثبت في كلامه إذا روى قال قائلون: يقبل والمختار رده وإليه ذهب القاضي).

(٢) التمهيد لأبي الخطاب ٣/ ١٠٦، والمحصول ٢/ ق١/ ٥٦٥، والآمدي ٢/ ١٠٢، ومنتهى الوصول ٢/ ٦٢.

ومنها: تدبيره وفيهما قولان، والأصح عدم صحتهما، ومأخذ القول بالصحة، النظر له بما ينفعه في الآخرة.

ومنها: أمانه، وفيه طريقان، المشهور أنه لا يصح.

وحكى الفوراني[1] وغيره: أنه كوصيته وتدبيره، وضعف ذلك بالفرق بأن الأمان لا منفعة له فيه بخلاف الوصية والتدبير، وقد يمنع الفرق[2].

ومنها: إسلامه وفيه القولان أيضاً، ورجح الأكثرون عدم صحته[3]، وأخبرني من أثق به أن قاضي القضاة بدر الدين بن جماعة رحمه الله حكم في قضية بصحة إسلام الصبي المميز، واختلفوا في أن الصبي المميز إذا تعمد القتل هل يعطى ذلك حكم العمد[4] أو حكم الخطأ؟ والأصح حكم العمد، وليس ذلك بمعنى أن يقتص منه لأن ذلك ممتنع بالإجماع، بل تظهر فائدة الخلاف في فروع كثيرة[5]:

منها: إذا شاركه فيه بالغ، فإن قلنا: إنَّ عمده عمد وجب على شريكه القصاص، وإن قلنا: خطأ لم يقتص منه كشريك الخاطئ.

ومنها: تغليظ الدية عليه.

ومنها: تحمل العاقلة عنه.

ومنها: إذا قتل مورثه عمداً، وقلنا: إنَّ القاتل خطأ لا يمنع الميراث، فهل يرث أم لا؟

ومنها: ذبيحته واصطياده حلال على الأصح: أن عمده عمد، وفيه وجه مبني على أن عمده خطأ لأن القصد لا بد منه في الذبح والاصطياد.

ومنها: وجوب رد السلام عليه.

ومنها: خلع الصغيرة المميزة وفيه وجهان:

---

(١) الفوراني هو: أبو القاسم عبد الرحمن بن محمد بن فوران ا لمروزي، تفقه على القفال وصنف الإبانة والعمده مات سنة ٤٦١هـ. طبقات السبكي ٢/ ١٢٠، ٢/ ١٢٠ رقم الترجمة ٨٧٠.

(٢) الروضة ١٠/ ٢٧٩.

(٣) قال السيوطي: المرجح منهما البطلان، والمختار عند البلقيني الصحة وهذا هو الذي أعتقده، ثم رأيت السبكي مال إليه. الأشباه والنظائر ص ٣٩٠.

(٤) الروضة ٩/ ١٣٦.

(٥) انظر هذه الفروع في الأشباه والنظائر ص ٣٩١.

أحدهما: لا يقع الطلاق أصلاً لأنها ليست أهلاً للقبول، فلا عبرة بعبارتها.

والثاني: يقع رجعياً، كخلع السفيهة ويكتفى بقبولها للوقوع، وهو الذي صححه المتولي والبغوي بناء على أن عمد الصبي عمد، وصحح الإمام والغزالي الأول[1].

ومنها: إذا قال للصبية أنت طالق إن شئت، فقالت: شئت، ففيه وجهان[2].

ومنها: إذا جامع في نهار رمضان عمداً وهو صائم، ففي وجوب الكفارة وجهان:

أصحهما: لا تجب[3]، وبناه بعضهم على هذا الخلاف لكن منع من ترجيح الوجوب عدم التزامه للعبادات فلذلك اختلف الترجيح.

ومنها: إذا حج وباشر شيئاً من محظورات الإحرام، كاللباس والطيب، فإن كان ناسياً فلا فدية قطعاً[4]، وإن تعمد ذلك بني على هذا الخلاف، ووجبت الفدية في ماله على الأصح أن عمده عمد، قال الإمام: وبهذا قطع المحققون هنا، لأن عمده في العبادات كعمد البالغ، ولهذا لو تعمد في صلاته كلاماً أو في صومه أكلاً بطلا[5].

وفيه قول غريب حكاه الداركي: إنه إن كان الصبي ممن يلتذ بالطيب واللباس وجبت، وإلا فلا[6]، ولو حلق أو قلم ظفراً أو قتل صيداً عمداً وقلنا: عمد هذه الأفعال وسهوها سواء - وهو المذهب - وجبت الفدية. وإلا فهي كالطيب واللباس[7] ولا يقال: يرد على ذلك ترجيح عدم وجوب الكفارة إذا جامع في رمضان كما تقدم، لأن نقول اختلفوا في فدية هذه المحظورات هل تجب في ماله أو في مال الولي؟ والأصح باتفاقهم أنها في مال الولي[8]، فيكون فعل الصبي إذا حكم بأنه عمد من خطاب الوضع نصب سبباً لإيجاب ذلك في مال الولي، أما إذا جامع في إحرامه ناسياً أو عامداً، وقلنا: إن عمده خطأ ففي فساد حجه القولان في البالغ إذا جامع ناسياً، والأصح أنه لا يفسد[9].

---

(١) الروضة ٧/ ٣٨٧.
(٢) الروضة ٨/ ١٥٨.
(٣) المجموع ٧/ ٣٧.
(٤) المجموع ٧/ ٣١.
(٥) المجموع ٧/ ٣١.
(٦) فتح العزيز ٧/ ٤٢٤، والمجموع ٧/ ٣١.
(٧) المجموع ٧/ ٣١.
(٨) (هذا إذا أحرم بإذنه، فإن أحرم بغير إذنه وجوزناه فالفدية في مال الصبي بلا خلاف). فتح العزيز ٧/ ٤٢٥، والروضة ٣/ ١٢١.
(٩) المجموع ٧/ ٣٤، والروضة ٣/ ١٢١.

وإن جامع عامداً وقلنا: إن عمده عمد فسد قطعاً كما يفسد الصوم بالأكل، والصلاة بتعمد ما ينافيها، وهل يجب عليه القضاء؟ فيه قولان، أظهرهما: أنه يجب[1]، وعلى هذا فهل يصح منه في حال الصبا؟ فيه وجهان، أصحهما: أنه يجزئه[2]، لأنه لما صلحت حالة الصبا للوجوب عليه في هذا صلحت لإجزائه والله أعلم.

ومنها: وطء الصبي المميز خرجوه على هذا الأصل أيضاً فإن قلنا: إن عمده عمد، كان كوطء الزاني وإلا كان كالوطء بالشبهة يترتب عليه تحريم المصاهرة؟[3]

وقد أجروا مثل هذا في مثل وطء المجنون، ومال ابن الرفعة إلى تخريجه على هذا الأصل أيضاً ومما ينبني على ذلك أن المجنون إذا كان معسراً يخاف العنت فهل يجوز تزويجه بأمة، والأصح الجواز، واختار القاضي حسين والفوراني المنع.

قال القاضي: لأن شرطه خوف العنت، وفعل المجنون لا يسمى زناً على الحقيقة، حكى الغزالي عنه في كتاب الرهن أنه أخذ ذلك من أن الحديث العهد بالإسلام إذا لم يعلم حرمة الزنا ووطيء هل يكون حكمه حكم الوطء بالشبهة أو حكم الزنا حتى بنى عليه بعضهم عدم ثبوت النسب وحرية الولد إذا كان من أمة[4].

وقد حكي عن نص الشافعي رحمه الله أن المجنون لا تزوج منه أمة[5]، فإن فعل كان النكاح مفسوخاً، (ومما) يتصل بذلك أنه إذا قال: إن لم أضربك فأنت طالق، فضربها وهو مجنون، ظاهر كلام الغزالي أنه كما لو ضربها وهو عاقل فتنحل به اليمين، فإنه قال: فيما إذا قال إن لم أضربك فأنت طالق فجن، إنَّ الجنون لا يوجب اليأس، لأن ضرب المجنون في تحقيق الصفة ونفيها كضرب العاقل على الصحيح[6]، وتبعه الرافعي والنووي في ذلك[7].

وبناه غيرهما على أن عمده عمد أم لا؟ والله أعلم.

---

(١) المجموع ٧/ ٣٥.

(٢) فتح العزيز ٧/ ٤٢٦، والمجموع ٧/ ٣٥.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٩١.

(٤) ذكرت هذه المسألة في الروضة ١٠/ ٩٥ دون أن تنسب إلى الغزالي.

(٥) لم أجد هذا النص في الأم، ولكني وجدت أن الشافعي قال ذلك في الصبي، قال: (ولا لولي الصبي أن يزوجه مجنونة ولا جذماء.. ولا أمة). الأم ٥/ ٢٣.

(٦) الروضة ٨/ ١٣٦.

(٧) المصدر السابق.

قاعدة

في تمييز الكبائر عن الصغائر، ونبدأ أولاً بما جاء من ذلك منصوصاً عليه في الحديث عن النبي ﷺ أنه كبيرة، وذلك مجموع في أحاديث كثيرة كتبتها في مصنف مفرد لذلك، وهي: الشرك بالله عز وجل، وقتل النفس بغير حق، والزنى، أفحش أنواع الزنى بحليلة الجار، والفرار من الزحف، والسحر، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، وقذف المحصنات، والاستطالة في عرض المسلم بغير حق، وشهادة الزور، واليمين الغموس، والنميمة، والسرقة، وشرب الخمر، واستحلال بيت الله الحرام، ونكث[1] الصفقة، وترك السنة، والتغرب بعد الهجرة، واليأس من روح الله، والأمن من مكر الله، ومنع ابن السبيل فضل الماء، وعدم التنزه من البول، وعقوق الوالدين، والتسبب إلى شتمهما، والإضرار في الوصية، هذا مجموع ما جاء في الأحاديث منصوصاً عليه أنه كبيرة، واختلف العلماء في ضابط ما عداها على أقوال كثيرة، ومنها في المذهب أربعة أوجه حكاها الرافعي[2].

أحدها: أنها المعصية الموجبة للحد.

والثاني: أنها التي يلتحق صاحبها الوعيد الشديد بنص كتاب أو سنة.

والثالث: قاله الإمام في الإرشاد[3]: كل جريمة تؤذن بقلة اكتراث مرتكبها بالدين ورقة الديانة.

والرابع - ذكره أبو سعد الهروي -: كل معصية توجب في جنسها حداً من قتل أو غيره، وترك كل فريضة مأمور بها على الفور، والكذب في الشهادة والرواية واليمين.

ويمكن أن يقال: مجموع هذه الأوجه الأربعة يحصل بها ضابط الكبيرة.

وقد ذكر الرافعي: أن الوجه الثاني أوفق لما ذكره عند تفصيل الكبائر، وهم إلى ترجيح الأول أميل[4].

---

(١) في جميع النسخ (نكت) والصحيح ما أثبتناه، لأنه لم يرد في اللغة (نكت) بمعنى نقض. انظر لسان العرب ٣/ ٧١٣.

(٢) الروضة ١١/ ٢٢٢.

(٣) اسم الكتاب «الإرشاد في الكلام» لإمام الحرمين، شرحه تلميذه أبو القاسم سليمان بن ناصر الأنصاري المتوفى سنة ٥١٢هـ. كشف الظنون ١/ ٦٨.

(٤) الروضة ١١/ ٢٢٢.

قلت: وفي كل منهما نظر، لأن كلا منهما حد للكبيرة من حيث هي، وفيما تقدم من الأحاديث خصال ليست في واحد منهما، لا سيما على الوجه الأول الذي اعتبر فيها شرعية الحد.

قال الغزالي في البسيط: كل معصية يقدم المرء عليها من غير استشعار خوف وحذر وندم، كالمتهاون بارتكابها، والمتجرئ عليها اعتياداً، فما أشعر بهذا الاستخفاف والتهاون فهو كبيرة، وما يحمل على فلتات النفس، وفترة مراقبة التقوى، ولا ينفك عن تندم يمتزج به تنغيص التلذذ بالمعصية، فليس بكبيرة ولا يمنع العدالة[١].

وهذا في الحقيقة بسط لعبارة الإمام[٢]، وهو مشكل جداً إن كان ضابطاً للكبيرة من حيث هي، إذ يرد عليه من ارتكب نحو الزنى والخمر ويندم عليه ثم لم يقلع، أنه لا تنخرم به عدالته، ولا يسمى كبيرة، وليس كذلك اتفاقاً، وإن كان ضابطاً لما عدا المنصوص عليه مما تقدم فهو قريب، وله في الإحياء[٣] كلام طويل ليس هذا موضعه.

وقال الشيخ عز الدين رحمه الله في القواعد[٤]: إذا أردت معرفة الكبائر والصغائر فاعرض مفسدة الذنب على مفاسد الكبائر المنصوص عليها، فإن نقصت عن أقل مفاسد الكبائر فهي من الصغائر، وإن ساوت أدنى مفاسد الكبائر أو أربت عليها فهي منها، فمن شتم الرب تبارك وتعالى والرسول عليه الصلاة والسلام، أو استهان بالرسل، أو كذب واحداً منهم، أو ضَمَّخَ الكعبة بالعَذِرَةِ، أو ألقى المصحف بالقاذورات، فهذا من أكبر الكبائر ولم يصرح الشرع بأنه كبيرة.

قلت: هذا كله مندرج تحت الشرك بالله تعالى لأن المراد به بالاتفاق مطلق الكفر لا خصوص الشرك، ويكون ذلك من باب التعبير بالخاص عن العام، وخصصه بالذكر لغلبته ببلاد العرب، أو من باب التنبيه بأحد الخاصين عن الآخر.

ثم قال: وكذلك من أمسك امرأة محصنة لمن يزني بها، أو أمسك مسلماً لمن يقتله، فلا شك أن مفسدته أعظم من مفسدة أكل مال اليتيم، وكذلك لو دل الكفار على عورة المسلمين مع علمه بأنهم يستأصلونهم بدلالته، ويسبون حريمهم وأطفالهم، ويغنمون أموالهم، فإن نسبة هذه المفاسد أعظم من توليه يوم الزحف بغير عذر وهو من الكبائر، وكذلك لو كذب على إنسان كذباً يعلم أنه يقتل به.

---

(١) شرح صحيح مسلم للنووي ٢/ ٨٥.

(٢) وهي التي ذكرها الرافعي في الوجه الثالث.

(٣) الإحياء ٤/ ١٦ وما بعدها.

(٤) قواعد الأحكام ١/ ١٩، ومعنى ضَمَّخَ: لَطَّخَ، والعَذِرة: الغائط.

قال: وقد نص الشرع على أن شهادة الزور[١] وأكل مال اليتيم[٢] من الكبائر فإن وقعا في مال خطير فهو ظاهر، وإن وقعا في مال حقير كزبيبة وتمرة فيجوز أن يجعل من الكبائر فطماً عن الكثير كالقطرة من الخمر. وإن لم تتحقق المفسدة، ويجوز أن يضبط ذلك بنصاب السرقة، والحكم بغير الحق كبيرة يعني ولم ينص عليه[٣] فإن شاهد الزور متسبب، والحاكم مباشر، والمباشرة أكبر من السبب، فلو شهد اثنان بالزور على قتل موجب للقصاص فسلم الحاكم المشهود عليه إلى الولي فقتله وكلهم عالمون بأنهم ظالمون، فشهادة الزور كبيرة والحكم أكبر منها، ومباشر القتل أكبر من الحكم ثم قال بعد ذلك: وقد ضبط بعض العلماء الكبائر بأن قال: كل ذنب قرن به وعيد أو حد أو لعن فهو من الكبائر، فَتَغْيِيْرُ منار الأرض كبيرة لاقتران اللعن به[٤] فعلى هذا كل ذنب علم أن مفسدته كمفسدة ما قرن بالوعيد به أو اللعن أو الحد أو كان أكبر من مفسدته فهو كبيرة. انتهى كلامه[٥].

وقال الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد[٦] رحمه الله مُذَنِّباً على هذا الكلام: ولا بد في ذلك أن توجد المفسدة مجردة عما يقترن بها من أمر آخر فإنه قد يقع الغلط في ذلك، ألا ترى أن السابق إلى الذهن أن مفسدة الخمر السكر وتشويش العقل، فإن أخذنا هذا بمجرده لزم أن لا يكون شرب القطرة الواحدة منه كبيرة لخلائها من المفسدة المذكورة، لكنها كبيرة لمفسدة أخرى وهي التَّجْرِيْءُ على شرب الكثير الموقع في المفسدة، فبهذا الاقتران تصير كبيرة[٧].

---

(١) قال رسول الله ﷺ: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ثلاثاً: الإشراك بالله وعقوق الوالدين وشهادة الزور أو قول الزور وكان رسول الله ﷺ متكئاً فجلس فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت». صحيح مسلم بشرح النووي ٢/ ٨٢.

(٢) قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: ١٠].

(٣) (يعني ولم ينص عليه) لا توجد في كلام العز، ولعلها توضيح من العلائي.

(٤) قال رسول الله ﷺ: «لعن الله من لعن والديه، ولعن الله من ذبح لغير الله ولعن الله من آوى محدثاً ولعن الله من غير منار الأرض». صحيح مسلم بشرح النووي ١٣/ ١٤١، ومنار الأرض علامات حدودها.

(٥) قواعد الأحكام ١/ ١٩-٢١.

(٦) هو: أبو الفتح محمد بن مجد الدين علي القشيري المعروف بابن دقيق العيد، أخذ العلم عن القفطي والعز بن عبد السلام وغيرهما، درس بالنجيبية ودار الحديث الكافلية والفاضلية، له مصنفات عدة، توفي سنة ٧٠٢هـ في القاهرة. طبقات الأسنوي ٢/ ٢٢٧، والبداية والنهاية ١٤/ ٢٧.

(٧) إتحاف السادة المتقين ١٠/ ٦٣٥.

وقد ذكر الرافعي بعد ذكر الأوجه الأربعة المتقدمة تفصيلاً لبعض الأصحاب فذكر عن الروياني سوى ما تقدم، اللواط، وأخذ المال غصباً، وشرب كل مسكر يلحق بشرب الخمر.[١]

وحكى القاضي أبو سعد خلافاً في الشرب من غير الخمر إذا كان الشارب شافعياً، وشرط في غصب المال أن يبلغ ربع دينار، وزاد صاحب العدة: الإفطار في رمضان بغير عذر، وقطع الرحم، والخيانة في الكيل أو الوزن، وتقديم الصلاة على وقتها وتأخيرها عنه بلا عذر، وضرب المسلم بغير حق، والكذب على النبي ﷺ وسب الصحابة رضي الله عنهم، وكتمان الشهادة بلا عذر، وأخذ الرشوة، والقيادة[٢] بين الرجال والنساء، والسِّعاية عند السلطان، ومنع الزكاة، وترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، نسيان القرآن بعد تعلمه، وإحراق الحيوان بالنار، وامتناع المرأة من زوجها بلا سبب، ويقال الوقيعة في أهل العلم وحملة القرآن[٣].

ثم قال الرافعي: ومما يعد من الكبائر الظهار، وأكل لحم الخنزير، والميتة لا عن ضرورة، وللتوقف مجال في بعض هذه الصور، كقطيعة الرحم وترك الأمر بالمعروف على إطلاقهما، ونسيان القرآن، وإحراق مطلق الحيوان بالنار، وفي التهذيب حكاية وجه أن ترك الصلاة الواحدة إلى أن يخرج وقتها ليس بكبيرة، وإنما ترد الشهادة إذا اعتاده[٤]، واختار النووي أن نسيان القرآن بغير عذر من الكبائر لحديث ورد فيه[٥]، وزاد الوطء في الحيض، فقد نص الشافعي على أنه كبيرة[٦]، وفي بعض الأحاديث لعن فاعله[٧]،وكذلك ينبغي أن يلحق به وطء الزوجة في دبرها، فقد ثبت في الحديث أنه

---

(١) الروضة ١١/ ٢٢٢.

(٢) القيادة: أي السعاية بين الرجل والمرأة للفجور. معجم لغة الفقهاء ص ٣٧١.

(٣) الروضة ١١/ ٢٢٣، والسِّعاية: الوشاية والنميمة، والوقيعة في أهل العلم: سَبُّهمْ واغتيابهمْ عند السلطان.

(٤) الروضة ١١/ ٢٢٣.

(٥) عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ: «عرضت علي أجور أمتي حتى القذاة يخرجها الرجل من المسجد، وعرضت علي ذنوب أمتي، فلم أر ذنباً أعظم من سورة من القرآن أو آية أوتيها رجل ثم نسيها». أخرجه أبو داود ١/ ١٢٣، والترمذي ٥/ ١٦٣-١٦٤ وقال: حديث غريب.

(٦) الروضة ١١/ ٢٢٣.

(٧) قال ابن حجر الهيثمي: «قال الشيخ صلاح الدين العلائي: إن الوطء في الحيض في بعض الأحاديث لعن فاعله ولم أقف إلى الآن على ذلك». الزواجر لابن حجر الهيثمي ص ١١٢/ طبعة دار الشعب ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.

ملعون من فعله[1]، وصرح بعض أصحابنا: بأن الشرب من آنية الذهب والفضة والأكل فيهما كبيرة، وهو منطبق على ما تقدم أن ما توعد عليه بالنار كبيرة[2].

وحكى النووي: في اللعب بالنرد وسماع الأوتار ولبس الحرير والجلوس عليه ونحو ذلك وجهين للأصحاب[3].

أحدهما: أنها من الكبائر[4].

والأصح: أنها من الصغائر، فيعتبر المداومة عليها.

والمحكي عن العراقيين أن سماع الأوتار والمعازف وما هو من شعار الشرب كبيرة[5]، فعلى هذا يكون الضرب به أولى، وقد روي عن النبي ﷺ أنه لعن في الخمر عشرة: «عاصرها ومعتصرها وشاربها وحاملها والمحمولة إليه وساقيها وبائعها وآكل ثمنها والمشتري لها والمشتراة له» رواه الترمذي[6]، ونص الأصحاب على أن بيع الخمر كبيرة يفسق متعاطيه، وكذلك يكون حكم الشرب وأكل الثمن والحمل والسقي، وأما عاصرها ومعتصرها فقالوا: لا يفسق بذلك، وينبغي أن يكون ذلك دائرا مع القصد، فإن نوى به الخمر دخل في حكم الحديث، وإن نوى به شيئا غيره لم يدخل فيه.

وقد حكى ابن الصباغ أن مجرد إمساك الخمر ليس بكبيرة، غذ يجوز أن يمسكها لتنقلب خلاً[7].

وقال الماوردي: إن أمسكها لذلك لم يحرم وإن قصد ادخارها على حالها يفسق به[8]، وهذا موافق لما أشرنا إليه من اعتبار القصد، وكذلك ينبغي أن يكون حكم بيع العصير إذا غلب على ظنه أن مشتريه يتخذه خمراً، على أن الأصحاب عدوه من

---

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «ملعون من أتى امرأته في دبرها» سنن أبي داود ٢/٢٥٦.

(٢) عن أم سلمة زوج النبي ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «الذي يشرب في إناء الفضة إنما يجرجر في في بطنه نار جهنم». صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١٠/ ٩٦.

(٣) الروضة ١١/ ٢٣٠.

(٤) قال النووي: وإليه يميل كلام الإمام. الروضة ١١/ ٢٣٠.

(٥) إتحاف السادة ١٠/ ٦٤٠.

(٦) سنن الترمذي ٣/ ٥٨٩.

(٧) الروضة ١١/ ٢٣١.

(٨) الحاوي ٢١/ ١٩٩.

المكروهات، والنية إنما تجعل الشيء كبيرة عند تعاطيه وهو محتمل للأمرين، أما إذا تمحضت النية عن الفعل، كمن نوى أنه يزني غداً ونحو ذلك فليس بكبيرة وإن كان محرماً، إلا إذا نوى أنه يكفر غداً فإنه يكفر في الحال، لأن نية الاستدامة في الإيمان شرط، فإذا أتى بما ينافيها قطعها.

وأما ما اختلف في إباحته، كشرب النبيذ والنكاح بلا ولي ولا شهود فقد اختار كثير من الأصحاب: أن من فعله معتقداً للتحريم كان كبيرة في حقه، بخلاف من يعتقد الإباحة، فلو فعله من لا يعتقد واحداً منهما، كالعامي مع علمه بالاختلاف فيه، حكى الماوردي: فيه وجهين:

قال البصريون: هو فاسق مردود الشهادة، لأن ترك الاسترشاد في الشبهات تهاون بالدين.

وقال البغداديون: لا يفسق، لأن اعتقاد الإباحة أغلظ من التعاطي ولا يفسق معتقد الإباحة[١]، ومناط قبول الشهادة وردها ليس مفرعاً من كل وجه على كون الفعل كبيرة أولا، بل ترد الشهادة باللازم، وما يشعر به الفعل من التهاون، وإن لم يكن محرماً فضلاً عن كونه كبيرة، كما في ترك المروءة وما يعتاده الرجل من التَّصَوُّن، ويمكن أن ترد جميع هذه التفاصيل على الخصال التي تقدمت منصوصة في الأحاديث، ويكون في كل واحدة منها إشارة إلى ما هو من نوعه، وبيان ذلك أن مدار الكبائر كلها راجع إلى ما يتعلق بالضرورات الخمس التي هي: مصلحة الأديان والنفوس والعقول والأنساب والأموال.

أما مصلحة الدين فذلك إما في الاعتقادات أو الأعمال، والاعتقادات إما كفر أو غيره، والأعمال إما ظاهرة أو باطنة من أعمال القلوب، وكل منها إما قاصر أو متعد إلى الغير، فهذه أقسام:

أولها: الكفر بالله عز وجل وقد تقدم أنه المراد بالشرك الوارد في الحديث فيندرج فيه سائر الأنواع التي تكون كفراً، كتعطيل الصانع وأقوال الدَّهرية والفلاسفة من إثبات الوسائط ونحوه، وكذلك كل مقالة لفرق هذه الأمة يكفر قائلها، كالقول بنبوة علي وغلط جبريل في الرسالة ونحوه.

وثانيها: ما لا يكفر به من الاعتقاد وإليه الإشارة بترك الشُّبَه في الحديث[٢] فيدخل

---

(١) الحاوي ٢١/ ٢٠٠.

(٢) الحديث عن عامر قال: سمعت النعمان بن بشير يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الحلال =

فيه سائر مقالات المبتدعة كالتجسيم والاعتزال والرفض وأقوال الخوارج والمرجئة وأشباههم ما لم ينته شيء فيه إلى الكفر.

وثالثها: أعمال القلوب التي ليست ببدع، وإليه الإشارة في الحديث بالأمن من مكر الله واليأس من روح الله[١] فيدخل فيه كل ما أشبهه، كالسَّخَط بقضاء الله سبحانه والاعتراض عليه في مقدوره.

ورابعها: أعمال القلوب المتعدية، كالكبر والحسد والغل للمؤمنين وانتقاصهم لغير سبب ديني مما يستقر في القلوب ويدوم، وهو لاحق بالقسم الذي قبله.

وخامسها: أعمال البدن القاصرة وقد ورد في الحديث ولم تتقدم الإشارة إليه أن الجمع بين الصلاتين من غير عذر من الكبائر[٢] والمراد بذلك التقديم والإخراج عن وقتها لغير معنى الجمع الجائز، فيدخل فيه منع الزكاة، والفطر في رمضان ونحو ذلك، ونص في هذا القسم على الإلحاد في الحرم[٣] فيلتحق به إضافة المدينة الشريفة والإلحاد فيها والكذب على النبي ﷺ لأنه إلحاد في الدين، ويدخل في ترك الصلاة أيضاً، الإخلال بشروطها من الطهارة وستر العورة وإليه الإشارة في الحديث بعدم التنزه من البول[٤]، ويلحق به مخامرة النجاسات كلها.

وسادسها: الأعمال الظاهرة المتعدية وقد نص منها على النميمة، والسحر، ونكث الصفقة، والتولي يوم الزحف لأن ضرره متعد، والقذف، والاستطالة في عرض

= بين، والحرام بين، وبينهما مشبهات لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات كراع يرعى حول الحمى يوشك أن يواقعه، ألا وإن لكل ملك حمىً، ألا إن حمى الله في أرضه محارمه، ألا وإن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهي القلب. صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١/ ١٢٦.

(١) عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ سئل ما الكبائر؟ فقال: «الشرك بالله والإياس من روح الله والأمن من مكر الله». الزواجر عن اقتراف الكبائر لابن حجر الهيثمي ص ١١٢.

(٢) عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «من جمع بين الصلاتين من غير عذر فقد أتى باباً من أبواب الكبائر» أخرجه الترمذي ١/ ٣٥٦، وضعفه، وضعفه أحمد وغيره. نصب الراية ٢/ ١٩٣.

(٣) قوله تعالى: ﴿وَمَن يُرِدْ فِيهِ بِإِلْحَادٍ بِظُلْمٍ نُّذِقْهُ مِنْ عَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ [الحج: ٢٥.]

(٤) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: مر النبي ﷺ بحائط من حيطان المدينة أو مكة فسمع إنسانين يعذبان في قبورهما فقال النبي ﷺ: «يعذبان وما يعذبان في كبير» ثم قال: «بلى: كان أحدهما لا يستتر من بوله، وكان الآخر يمشي بالنميمة». صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣١٧/١، ومخامرة النجاسات: ممارستها ومخالطتها.

المسلم، فيلحق بها الغيبة لما تؤدي إليه من التقاطع، وكذلك كل قول يؤذي المسلم في عرضه، وقد قرن النبي ﷺ بين الدماء والأموال والأعراض في الحديث[1]، ويدخل فيه الدلالة على عورة المسلمين للعدو كما تقدم في كلام الشيخ عز الدين، وترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مع القدرة والتعيين، أو عند إطباق الجميع، لما في ذلك من تضييع أركان الدين.

وأما مصلحة النفوس: فقد نص فيها على القتل بغير حق، فيلتحق به الجناية على الأطراف كذلك.

ومصلحة العقول: نص فيها على شرب الخمر، فيلحق به تناول كل ما يسكر أو يزيل العقل لغير ضرورة على ما تقدم، أكل الميتة، ولحم الخنزير، وسائر النجاسات من غير ضرورة، لأن الخمر مشتملة على وصفين: النجاسة وإزالة العقل.

وأما مصلحة الأنساب: فنص فيها على الزنى ويلتحق به اللواط، ووطء المرأة في الموضع المكروه، والسعي بين الزانيين، ونص أيضاً على عقوق الوالدين والإضرار في الوصية، وكل منهما من مصلحة النسب، لأن الإضرار في الوصية أن يوصي بأكثر من الثلث ليحرم ورثته فيتضمن ذلك قطيعة الرحم والتبري من الأنساب وادعاء ما ليس بصحيح منها، وامتناع المرأة من زوجها بلا سبب، لأنه قاطع للنسب.

ومصلحة الأموال: ذكر منها السرقة، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، ومنع ابن السبيل، فيلحق بها كل ما في معناها كالغصب، والحرابة، والنهب، والتطفيف في الكيل والوزن، والخيانة في الأمانات، كلها كالودائع، والعواري، وأموال الأوقاف، وما استحفظ من أموال المسلمين كما في مال اليتيم، وأما شهادة الزور واليمين الغموس فهما يرجعان إلى غالب هذه الضرورات بحسب ما يتضمنان من التعدي على النفس أو البضع أو المال، فبهذا الاعتبار تكون الكبائر كلها مندرجة في المنصوص عليه.

بقي الكلام في أمور:

الأول: ذكر الشيخ عز الدين رحمه الله مسألتين:

---

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلم أخو المسلم لا يخونه ولا يكذبه ولا يخذله، كل المسلم على المسلم حرام عرضه وماله ودمه، التقوى هاهنا بحسب امرىء من الشر أن يحقر أخاه المسلم». أخرجه أبو داود ٤/ ٢٧٢، والترمذي ٤/ ٢٨٦-٢٨٧ وقال: هذا حديث حسن غريب.

إحداهما: من قذف محصناً قذفاً لا يسمعه إلا الله تعالى والحفظة، ولم يواجه به المقذوف ولا اغتابه عند أحد به، وقال: الظاهر أن هذا ليس بكبيرة موجبة للحد، لانتفاء المفسدة، ولا يعاقب في الآخرة عقاب المجاهر بذلك.

وثانيتهما: من ارتكب كبيرة في ظنه لتصورها بصورة الكبائر وليست في نفس الأمر، كمن قتل إنساناً يعتقده معصوماً وكان ذلك قد قتل مورثه، أو وطئ امرأة يعتقدها أجنبية وأنه زان، فكانت زوجته أو أمته، أو أكل مالاً يعتقده لغيره وأنه معتد بأكله فكان له، وقال: أما في الدنيا فيجري عليه أحكام الفاسقين لجرأته على رب العالمين، وأما في الآخرة، فلا يعذب عذاب قاتل ولا زان ولا آكل مالاً حراماً لأن عذاب الآخرة مرتب على رتب المفاسد في الغالب، والعلم عند الله تعالى[١].

والثاني: تبين بما سردناه من الكبائر أن ما عدا ذلك صغيرة، قد قالوا: إن الإصرار على الصغائر حكمه حكم مرتكب الكبيرة الواحدة في زوال العدالة، والإصرار يكون باعتبارين:

أحدهما: حكمي، وهو أن يعزم على فعل تلك الصغيرة بعد الفراغ منها، فهذا حكمه حكم من كررها فعلاً، بخلاف من تاب عنها ونوى الإقلاع، فلو ذهل عن ذلك ولم يعزم على شيء فهذا هو الذي تكفره الأعمال الصالحة من الصلاة والوضوء والجمعة والصيام كما دل عليه الحديث[٢] لكن اختلف في هذا، هل شرط التكفير عدم ملابسته لشيء من الكبائر أو لا يشترط ذلك؟

على قولين حسب ما فهم من الحديث الوارد في ذلك . . والأظهر: أنه لا يشترط ذلك.

وثانيهما: الإصرار بالفعل وقد حكى الرافعي فيه كلامين للأصحاب.

أحدهما: أن المراد به المداومة على نوع واحد من الصغائر ولا توبة.

والثاني: أنه الإكثار من جنس الصغائر، وسواء اختلفت أنواعها أو اتحدت، قال: وهو الموافق لكلام الجمهور، لأنهم قالوا من غلبت طاعته معاصيه كان عدلاً، ومن غلبت معاصيه طاعته كان مردود الشهادة[٣]، وهكذا نص الشافعي رحمه الله، فإنه قال:

---

(١) قواعد الأحكام ١/ ٢١-٢٢.

(٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان يقول: «الصلوات الخمس والجمعة إلى الجمعة ورمضان إلى رمضان مكفرات لما بينهن إذا اجتنبت الكبائر». صحيح مسلم بشرح النووي ٣/ ١١٧-١١٨، ومعنى: ذَهَلَ عن ذلك: نسيه وغفل عنه.

(٣) الروضة ١١/ ٢٢٥.

ليس أحد من الناس نعلمه إلا أن يكون قليلاً بمحض الطاعة والمروءة حتى لا يخلطهما بمعصية ولا يترك مروءة، ولا بمحض المعصية وترك المروءة حتى لا يخلطها بشيء من الطاعة والمروءة، فإذا كان الأغلب على الرجل والأظهر من أمره الطاعة والمروءة، قبلت شهادته، وإذا كان الأغلب على الرجل والأظهر من أمره المعصية وخلاف المروءة، ردت شهادته[1].

وقد جمع بين كلامي الأصحاب الشيخ عز الدين مع ضابط لذلك وهو: أنه إذا تكررت منه الصغيرة تكراراً يشعر بقلة مبالاته بدينه، إشعارَ ارتكاب الكبيرة بذلك، ردت شهادته وروايته، وكذلك إذا اجتمعت صغائر مختلفة الأنواع بحيث يشعر مجموعها بما أشعر به أصغر الكبائر[2].

الثالث: كل من ارتكب شيئاً من ذلك لم يعد إلى العدالة إلا بالتوبة منه بشروطها المعروفة[3]، إلا في موضع واحد، وهو ما إذا حد بعض الشهود بالزنى لنقص النصاب على القول الأصح، فإنه لا تقبل شهادتهم حتى يتوبوا، وفي قبول روايتهم قبل التوبة وجهان حكاهما الماوردي في الحاوي وقال: المشهور منهما القبول ونسبه إلى أبي حامد الإسفراييني وأقيسهما عدم القبول كالشهادة[4].

ثم التائب عن المعصية الفعلية كالزنى والسرقة، والقولية كالشهادة بالزور والقذف ونحو ذلك، يستبرأ مدة تظهر فيها توبته وصلاح سريرته، واختلف في قدرها فقيل: سنة، وقيل: ستة أشهر، وقيل: لا تتقدر وإنما المعتبر حصول غلبة الظن بصدقه، ويختلف ذلك بالأشخاص، وأمارات الصدق، وهو اختيار الإمام[5] والغزالي[6] وقد وقعت صور لا يستبرأ فيها:

---

(١) مختصر المزني مع الحاوي ٢١/ ١٥٩.

(٢) قواعد الأحكام ١/ ٢٢-٢٣.

(٣) شروط التوبة تختلف بحسب الذنب، فإن كان لا يتعلق به حق لأحد فالتوبة منه تكون بشرطين:
أحدهما: الندم على ما فعل.
والثاني: العزم على ترك مثله.
وإن تعلق به حق لأحد تكون التوبة فيه بإضافة شرط ثالث وهو: استحلال من له الحق باستطابة نفسه أو برد ماله أو بتسليم نفسه إلى مستحق القصاص. انظر تفاصيل ذلك في الحاوي ٢١/ ٣٠-٣٥.

(٤) الحاوي ١٧/ ٨٧.

(٥) ج: الإمام الغزالي.

(٦) الروضة ١١/ ٢٤٨.

منها: إذا كان القذف على صورة الشهادة وحد فيه كما تقدم ثم تاب فإنه لا يحتاج إلى استبراء على المذهب[1] وفيه وجه، وقطعوا بأنه إذا ردت شهادته لمبادرة ثم أعادها في وقت آخر أنها تقبل لكن هذا ليس فيه فسق.

ومنها: القاضي إذا تعين عليه القضاء وامتنع، عصى، فلو أجاب بعد ذلك ولي ولم يستبرأ، واستشكله الرافعي وقال: ينبغي أن يستتاب، فإذا تاب ولي، وجوز أن يكون الامتناع في هذه الصورة من الكبائر[2].

ومنها: الولي إذا عَضَل[3] عصى، فلو زوج بعد ذلك صح، وإن منعنا ولاية الفاسق ولم يستبرأ قال الرافعي: والقياس أنه يستبرأ[4].

ومنها: الغارم إذا غرم في معصية ولم يتب منها، لم يدفع إليه من سهم الغارمين على المشهور، وفيه وجه ضعيف[5]، وإن كان بعد التوبة فوجهان، رجح المتأخرون أنه يعطى وصححه الأكثرون[6]، وقال ابن أبي هريرة: لا يعطى، وصححه ابن الصباغ والبغوي[7]، قال الرافعي: ولم يتعرض الأصحاب هنا لاستبراء حاله ومضي مدة بعد التوبة يظهر فيها صلاحه، إلا أن الروياني قال: يعطى على أحد الوجهين إذا غلب على الظن صدقه في توبته.

وقال النووي: هذا هو الأظهر لا بد من غلبة الظن بذلك وإن قصرت المدة[8].

وقالوا في ابن السبيل إذا أنشأ السفر بمعصية ثم قطعه في أثناء الطريق وقصد الرجوع إلى وطنه، إنه يعطى من حينئذ على الصحيح لأنه الآن ليس سفر معصية[9] ولم يشترطوا استبراء لأن المعصية التي منع بسببها، تركها ورجع عنها، والله أعلم.

---

(١) الحاوي ٢١/ ٣٥.

(٢) الروضة ١١/ ٩٢ وخالف النووي الرافعي في ذلك فقال: في زوائده على الروضة: (وينبغي أن يقال لا يفسق لأنه لا يمتنع غالباً إلا متأولاً وهذا ليس بعاص قطعاً وإن كان مخطئاً».

(٣) عضل: اي منعها الزوج. لسان العرب ٢/ ٨٠٧.

(٤) الروضة ٧/ ٦٥.

(٥) حكاه الحناطي والرافعي. المجموع ٥/ ٢٠٨.

(٦) كأبي أسحاق المروزي وأبي على الطبري والجرجاني وغيرهم. المجموع ٥/ ٢٠٨.

(٧) المجموع ٥/ ٢٠٨.

(٨) المجموع ٥/ ٢٠٨.

(٩) قال النووي في المجموع ٥/ ٢١٥ وممن صرح به القاضي أبو الطيب. . . وحكى ابن كج فيه وجهين أصحهما هذا.

قاعدة

اختلفوا في قبول الجَرح والتعديل مطلقاً أم لا بد من بيان السبب؟

والثالث: قاله الإمام الشافعي رضي الله عنه يكفي في التعديل، وأما الجرح فلا بد فيه من بيان السبب، لاختلاف العلماء في الأسباب الجارحة، فقد يظن ما ليس بجرح جرحاً فيطلق، وهذا هو الأرجح الذي عليه جمهور أئمة الحديث والفقه[١] كما قال الحافظ الخطيب[٢].

وقال إمام الحرمين: إن كان المعدل والجارح عالمين بأسباب ذلك وعرف مذهبهما، اكتفي بالإطلاق، وإلا فلا بد من ذكر السبب وهو قوي أيضاً[٣].

ويقرب منه مسألة أخرى، وهي أن الصحابي رضي الله عنه إذا قال: أمر النبي ﷺ بكذا أو نهى عن كذا، قال القاضي أبو بكر[٤] وجماعة[٥]: لا يقبل، لأنه ربما ظن ما ليس بأمر أمراً[٦].

والصحيح الذي عليه الجمهور: قبوله منه[٧]، لأن الظاهر من حال الصحابي وتثبته ومعرفته باللغة، أنه لا يطلق ذلك إلا بعد تيقن ما هو أمر أو نهي، فهو قريب من قول الإمام.

ويتخرج على هذه القاعدة مسائل:

منها: إذا أخبره ثقة بنجاسة الماء أو شهد به شاهدان، قالوا: لا يقبل ما لم يبين

---

(١) شرح اللمع للشيرازي ٢/ ٦٤٢، والبرهان، والمحصول ٢/ق١/ ٥٨٧، والروضة ١١/ ١٧٢، وكفاية الأخيار ١٧٨-١٨٦، ونهاية المحتاج ٨/ ٢٥٣.

(٢) هو أبو بكر الخطيب أحمد بن علي بن ثابت البغدادي، تفقه في مذهب الشافعي، كان أحد الأعلام معرفة وحفظاً وضبطاً لحديث رسول الله ﷺ وتفنناً في علله وأسانيده وعلماً بصحيحه وغريبه ومزيده ومنكره، له مصنفات كثيرة من أشهرها: تاريخ بغداد، توفي سنة ٤٦٣هـ. طبقات الأسنوي ١/ ٢٠١-٢٠٣، والخطيب البغدادي مؤرخ بغداد ومحدثها د. يوسف العش ط. دمشق سنة ١٣٦٤هـ-١٩٤٥م.

(٣) البرهان ١/ ٦٢١.

(٤) أي أبو بكر الباقلاني.

(٥) كأبي داود الظاهري.

(٦) الإبهاج في شرح المنهاج ٢/ ٣٢٨.

(٧) المحصول ٢/ ق١/ ٦٣٨.

السبب إلا إذا كان المخبر أو الشاهد فقيها موافقاً له في المذهب فيقبل منه وإن لم يبين السبب[١].

ومنها: لو شهد باستحقاقه الشفعة، لم يسمع بلا خلاف، بل لا بد أن يبين سبب الاستحقاق من شركة أو جوار.

ومنها: لو شهد بأن هذا وارثه، لم يسمع أيضاً بلا خلاف، لاختلاف المذاهب في توريث ذوي الأرحام، ولاختلاف قدر التوريث، فلابد أن يبين جهة الميراث من أبوة أو بنوة وغير ذلك.

ونظيره: إذا أقر بوارث مطلقاً، لم يترتب على إقراره شيء حتى يعين جهة الإرث، بخلاف ما لو قال: له علي ألف درهم، فإنه يثبت عليه المطالبة، وإن لم يبين السبب، لأن الإقرار حق عليه في حياته فيحتاط هو لنفسه، بخلاف الميراث فإنه حق على وارثه أو على المسلمين كلهم[٢].

ومنها: لو شهدا بعقد بيع أو غيره من العقود ولم يبينا صورته فهل يسمع أم لا بد من التفصيل؟ فيه خلاف.

ومنها: لو شهدا عليه بالكفر ولم يبينا ما تلفظ به، فيه وجهان: قال الرافعي: والأظهر القبول[٣]، وهذا مشكل جداً فقد تقدم الاحتياط في الشهادة بنجاسة الماء والشفعة والإرث، وهذا أولى بالاحتياط لا سيما مع كثرة الخلاف فيا يصير الشخص به كافراً[٤].

ومنها: إذا شهد أنه ضربه بالسيف فأوضح رأسه جزم الجمهور بأنها تقبل[٥].

وقال القاضي حسين: لا بدمن التعرض لإيضاح العظم، لأن الإيضاح ليس مخصوصاً بذلك، وتبعه عليه الإمام ثم تردد فيما إذا كان الشاهد فقيها وعلم القاضي أنه لا يطلق لفظ المُوضِحة إلا على ما يوضح العظم[٦].

ومنها: إذا شهد بانتقال هذا الملك عن مالكه إلى زيد ولم يبين سبب الانتقال.

---

(١) قواعد الأحكام ٢/ ٧٩، والمجموع ١/ ١٧٦.

(٢) قواعد الأحكام ٢/ ٧٩، والروضة ١٢/ ٨٢.

(٣) الروضة ١٠/ ٧٢.

(٤) انظر تفاصيل ذلك في الروضة ١٠/ ١٦-٧١.

(٥) الروضة ١٠/ ٣٣، يقال: أوضحت الشَّجَّة: كشفت عن العظم.

(٦) الروضة ١٠/ ٣٣، والموضِحة: الشجة تبدي وَضَحَ (بياض) العظام.

قال القاضي أبو سعد الذي أفتى به فقهاء همذان أن هذه البينة تسمع، وذكر أنه رأى بذلك خط القاضيين الماوردي وأبي الطيب، وأفتت المراوزة على أنها لا تسمع إلا ببيان السبب وهو الراجح[1].

وفيه وجه ثالث: إن كان الشاهدان فقيهين لمذهب القاضي فلا حاجة إلى بيان السبب وإلا لم تسمع، وهو نظير ما تقدم في مسألة التنجيس، وينبغي طرده في الشهادة في كل مختلف فيه.

ومنها: إذا شهدا أن حاكماً حكم بكذا ولم يعيناه فوجهان، والصحيح القبول، ووجه الآخر: أن الحاكم قد يكون عدواً للمحكوم عليه أو ولداً للمحكوم له.

ومنها: إذا شهد أن بينهما رضاعاً محرماً ففيه وجهان اختار الإمام وطائفة: أنه يقبل، واختار الجمهور: عدم القبول، وأنه لا بد من التفصيل[2].

وتوسط الرافعي بين القولين بأنه إذا كان الشاهد فقيها موافقاً قبل، وإلا لم يقبل كما تقدم[3] نظيره.

ولو أقر بأن هذه أختي، ففي البحر وغيره: أنه لا حاجة إلى التعرض للشرائط إن كان من أهل الفقه وإلا ففيه وجهان، وفرق بين الإقرار والشهادة بما تقدم في الإرث أن المقر يحتاط لنفسه بما يتعلق به في حياته فلا يقر إلا عن تحقق.

ومنها: الشهادة بالإكراه، اختار الشيخ عز الدين أنها لا تسمع مطلقة لأنه قد يرى ما ليس بإكراه إكراهاً، ويعتقده بسبب لا يراه به الحاكم إكراهاً[4].

وقال الغزالي في «فتاويه»: إنْ جوز القاضي أن ذلك يستبهم على الشهود فله السؤال، وإذا سأل فعليهم التفصيل، وإن علم من حال الشهود أنهم لا يشهدون به إلا عن تحقق وهم عارفون بحد الإكراه فله أن لا يكلفهم التفصيل.

ومنها: الشهادة والإقرار بشرب الخمر، هل يكفي الإطلاق، أم لا بد من التعرض لكونه كان عالماً بكونها خمراً أو أنه شربها مختاراً، الأصح الاكتفاء بالإطلاق، لأن

---

(١) ذكر الماوردي في الحاوي أن الدعاوى التي لا يحتاج الكشف عن سببها هي الأملاك المدعاة من دين أو عين، والتي تحتاج إلى الكشف عن سببها هي القتل والقذف، وأما المختلف فيه فهو أن تتوجه الدعوى إلى عقد يتردد بين الصحة والفساد. الحاوي ٢١/ ٣٣٤.

(٢) الروضة ٩/ ٣٧-٣٨.

(٣) الروضة ٩/ ٣٨.

(٤) قواعد الأحكام ٢/ ٧٩.

احتمال جهله بكونها خمراً بعيد وكذلك الإكراه عليها[١].

ومنها: لو باع عبداً ثم شهد اثنان انه رجع ملكه إليه قالوا: لم يقبل ما لم يبينا سبب الرجوع، من إقالة أو اتّهاب أو إرث ويجيء فيه الخلاف المتقدم عن العراقيين والتفصيل.

ومنها: لو مات عن ابنين مسلم ونصراني، فقال المسلم: مات مسلماً وقال النصراني: مات نصرانياً، فإن عرف أنه كان نصرانياً قدمت بينة المسلم لزيادة العلم معها[٢]، فإن قيدت بينة النصراني أن آخر كلمته كانت النصرانية قدمت، ويشترط في بينة النصراني تفسير كلمة التنصر، بما يختص به النصارى كالتثليث وهل تجب في بينة المسلم تبين ما يقتضي الإسلام؟ فيه وجهان، لأنهم قد يتوهمون ما ليس بإسلام إسلاماً[٣][٤].

ومنها: لو اعترف الراهن أن العبد مرهون بعشرين، ثم ادعى أنه رهنه أولاً بعشرة ثم بعشرة من غير فسخ الأول، فيكون الثاني فاسداً، وأنكر المرتهن، صدق بيمينه، فإن قال في جوابه: فسخنا الرهن الأول ثم استأنفنا رهناً بعشرين، فهل يصدق المرتهن، لاعتضاده بقول الراهن: إنه رهن بعشرين، أم يصدق الراهن، لأن الأصل عدم الفسخ؟ وجهان.

مال الصيدلاني إلى أولهما، وصحح البغوي الثاني، وزاد فقال: لو شهد شاهدان أنه رهن بألف ثم ألفين لم يحكم بأنه رهن بألفين ما لم يصرحا بأن الثاني كان بعد فسخ الأول[٥].

ومنها: إذا ادعى داراً في يد رجل وأقام بينة بملكها، وأقام الداخل بينة أنها ملكه، هل تسمع مطلقة أم لا بد من إسناد الملك إلى سبب؟ فيه وجهان، والأصح: أنها تسمع مطلقة وترجح على بينة الخارج باليد.

---

(١) الروضة ١٠/١١٧.

(٢) الروضة ١٢/٧٦.

(٣) المهذب ٢/٣١٦، وحلية العلماء ٨/ ٢٠٤.

(٤) في هامش القول الآتي: (لكن الصواب تقديم بينة المسلم مطلقاً وما ذكره تبعاً لمن سبقه فيه غلط محض، قواعد الفقه لا ترتضيه، وما ذاك إلا أنه عرف أنه كان نصرانياً، فبينة الإسلام معها زيادة علم، وإن تقدم إسلامه فلا تسمع بينة النصراني لعدم سماع دعواه إذ لو صح ما ادعاه كان أبوه مرتداً لا وارث له، فلا حاجة لسماع دعواه وهذا ظاهر جلي حرره موسى الحمصي وفقه الله وأصلحه وفقهه في الدين ومن خير منحه).

(٥) الروضة ٤/٥٦.

ومنها: قال ابن أبي الدم في أدب القضاء[1] له: قد شاع في لسان أئمة المذهب أن الشاهد إذا شهد باستحقاق زيد على عمرو درهماً مثلاً هل تسمع هذه الشهادة؟ فيه وجهان، والمشهور فيما بينهم أنها لا تسمع، قال: وهذا لم أظفر به منقولاً مصرحاً به هكـذا غير أن الذي تلقيته مـن كلام المراوزة وفهمته من مدارج مباحثهم المذهبية، أن الشاهد ليس له أن يرتب الأحكام على أسبابها، بل وظيفته أن ينقل ما سمعه منها من إقرار أو عقد تبايع أو غير ذلك، مما يترتب عليه الأحكام، أو ما شاهده من القبوض والإتلاف فينقل ذلك إلى القاضي، ثم وظيفة الحاكم ترتيب المسببات على أسبابها.

فالشاهد سفير، والحاكم متصرف، والأسباب الملزمة مختلفة فيها، فقد يظن الشاهد ما ليس بملزم سبباً للإلزام فكلف نقل ما سمعه أو رآه، والحاكم يجتهد في ذلك[2].

ثم حكى عن الماوردي نحو ذلك، وأنه قال فإن كان الشاهدان من أهل الاجتهاد فهل يجوز لهما أن يجتهدا في الإقرار، ويؤديا الشهادة عند الحاكم على ما يصح في اجتهادهما؟

الأصح أنه لا يجوز لهما ذلك، وعليهما نقل الإقرار مشروحاً على صورته[3].

وقال الشيخ عز الدين: ضابط هذا كله: أن الدعوى والشهادة والرواية المترددة بين ما يقبل وما لا يقبل لا يجوز الاعتماد عليها، إذ ليس حملها على ما يقبل أولى من حملها على ما لا يقبل، والأصل عدم ثبوت المشهود به والمخبر عنه، فلا يترك الأصل إلا بيقين أو ظن يعتمد الشرع على مثله.

ثم استشكل على هذا مسألتين:

إحداهما: الشهادة بأن بينهما رضاعاً محرماً.

والأخرى: قبول الشهادة المطلقة بالملك وإن لم يذكر سببه، وكذلك بالدين مع أن أسبابهما مختلفة[4]، وقد تقدم أن الأصح عدم القبول في مسألة الرضاع.

---

(١) أدب القضاء ٢/ ٥٢.

(٢) إلى هنا ينتهي كلام ابن أبي الدم.

(٣) أدب القضاء ٢/ ٥٣.

(٤) قواعد الأحكام ٢/ ٧٩-٨٠.

وأما الشهادة بالملك فإنما تقبل مطلقة عند عدم التنازع، وأما عند ذكر انتقال من مالك إلى آخر فقد تقدم فيه الخلاف، وكذلك الخلاف في الدين كما تقدم في مسألة الإقرار، والله أعلم.

قاعدة

في متعلق الأمر والنهي والفرق بين وجوهه.

الأمر والنهي إما أن يتعلقا بمعين لا يتجزأ، أو بمعين يتجزأ، أو بمطلق، أو بعام، فهذه أربعة أقسام.

الأول: أن يتعلقا بمعين لا يتجزأ، فلا يخرج المكلف عن العُهْدَةِ في الأمر إلا بالإتيان به، ولا عن العهدة في النهي إلا باجتنابه مثل: اقتل زيداً المشرك أو لا تقتله.

الثاني: أن يتعلقا بمعين يتجزأ، ففي الأمر لا يخرج عن العهدة إلا بالإتيان به، وفي النهي يكتفي باجتناب جزء من أجزائه، إلا أن يقوم دليل على إرادة النهي عن كل جزء، فلو قال السيد لعبده: أعط زيداً عشرة دراهم، لم يخرج عن العهدة إلا باعطاء جميعها، ولو قال لا تعطه عشرة، فأعطاه تعسة لم يكن عاصياً ولا يعد مخالفاً، لأن الماهية[1] المركبة تنعدم بانعدام جزء من أجزائها، وبهذا يظهر الفرق بين قول الحالف: لآكلن هذا الرغيف، وقوله: لا آكل هذا الرغيف، فقال أصحابنا: لا يبرأ في الأول إلا بأكل جميعه كما في الأمر بإعطاء العشرة، ولا يحنث في الصورة الثانية بأكل بعضه حتى يأكل الجميع[2]، لأن النهي كالنفي، وقد خالفت المالكية في الصورة الثانية فقالوا: يحنث إذا أكل شيئاً منه لأنه حلف أن لا يعدمه، فإذا أكل شيئاً منه، فقد أعدمه[3]، لأن الحقيقة المركبة تنعدم بانعدام جزء من أجزائها.

قلنا: النفي هنا لم يتوجه على أكل البعض، وإنما توجه على المجموع، فإذا لم يأكل الجميع صدق أنه ما أكله، كإعطاء التسعة مع النهي عن العشرة فلا يكون حانثاً.

نعم، اختلف أصحابنا فيما إذا حلف لا أشرب ماء هذا النهر أو البحر ونحو ذلك مما لا يتصور شرب جميعه، فشب منه شيئاً هل يحنث؟ على وجهين:

---

(١) الماهية: هي كنه الشيء وحقيقته. معجم الفقهاء ٣٩٨، والعُهْدَةُ: التَّبِعَةُ.

(٢) الأم ٧/ ٧٨-٨٠، والروضة ١١/ ٣٧.

(٣) بداية المجتهد ١/ ٣٠٤.

أحدهما ـ وهو قول ابن سريج وابن أبي هريرة ـ: يحنث، لا للمأخذ الذي اعتمده المالكية في مسألة الرغيف، بل لتنزيل لفظه في اليمين على مقتضى العرف، إذ شرب جميعه غير ممكن فلم تتوجه اليمين إلا إلى بعضه.

وأصحهما: لا يحنث، لما ذكرنا في مسألة الرغيف وهو قول الأكثرين[١].

القسم الثالث: أن يتعلقا بمطلق، هو المتناول لواحد لا بعينه، ففي الأمر يخرج عن العهدة بإيقاع فرد من أفراده، فإذا قال: أَعتِق رقبة، خرج عن العهدة بأي رقبة أعتقها ما لم يقم دليل على تقيدها بصفة خاصة.

وبين فخر الدين الرازي[٢] وسيف الدين الآمدي[٣] خلافاً هنا في المطلوب بذلك الأمر، هل هو الماهية الكلية أو جزء من جزئياتها؟ وسيأتي ذكره قريباً وما ينبني عليه إن شاء الله تعالى.

وأما في النهي: إذا قال لا تعتق رقبة فإنه لا يخرج عن العهدة بترك عتقه رقبة واحدة بل لا بد من ترك جميع ما يصدق عليه ذلك الاسم، لأن المطلق في جانب النهي يعم، مثل عموم لا رجل في الدار، فمتى وجد فرد من الأفراد التي يصدق عليها ذلك المطلق كان منافياً للنفي أو للنهي فافترق الأمر والنهي في ذلك.

ويقرب من الأمر المعلق بالمطلق، توجه الحكم على فرد شائع، كقوله: إحدى نسائي طالق، أو أحد عبيدي حر، فإن الحكم لا يتوجه إلا على واحد منهم فقط وله تعيينه في أي من أراد كما تقدم ذلك.

الرابع: أن يتعلقا بعام عموم الشمول، كقوله: أكرم العلماء ولا تكرم الجهال، ومن دخل داري فأكرمه، ومن لم يدخل فلا تعطه شيئاً، وهو كالقسم الأول في أن المكلف لا يخرج عن العهدة إلا بالإتيان بجميع المأمور به والانتهاء عن الجميع إلا أن يقوم دليل متصل أو منفصل يقتضي خروج البعض فيتخصص به، لأن شمول العام لأفراده ما لم يظهر تخصيص، كشمول الواحد الذي لا يتجزأ.

وإنما يفترقان في أن المنافي للعام قد يكون تخصيصاً لبعض أفراده، وقد يكون نسخاً لجميعها، وأما في الواحد الذي لا يتجزأ فلا يكون المنافي له إلا ناسخاً والله أعلم.

---

(١) وإليه ذهب أبو إسحاق وصححه الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب الروياني. الروضة ١١/ ٣٤.

(٢) المحصول ١/ ق٢/ ٤٢٧.

(٣) الإحكام للآمدي ٢/ ٢٧٠-٢٧١.

قاعدة

الأمر الوارد بالفعل بعد تحريمه، اختلفوا فيه.

فقيل: إنه على مقتضى صيغته من الوجوب، أو الندب إذا لم يكن للوجوب، وكونه بعد الحظر لا أثر له، وهو اختيار فخر الدين[1] وأتباعه.

وقيل: إنه للإباحة، ووروده بعد الحظر قرينة تصرفه إلى الإباحة، نقله ابن التلمساني[2] في شرح المعالم[3]، والأصفهاني[4] في شرح المحصول[5] عن نص الشافعي، وحكاه ابن برهان[6] عن أكثر الفقهاء، وهو اختيار ابن الحاجب[7]، وتوقف إمام الحرمين[8] والآمدي[9] في المسألة[10]، ويتخرج عليها مسائل:

---

(١) المحصول ١/ق٢/ ١٥٩.

(٢) ابن التلمساني هو: شرف الدين أبو محمد عبدالله بن محمد بن علي الفهري، كان إماماً بالفقه وأصوله وأصول الدين، صنف تصانيف حسنة مفيدة منها: شرحان على المعالمين ـ المعالم في أصول الفقه والمعالم في أصول الدين ـ وكلاهما للرازي، توفي سنة ٦٤٤هـ. طبقات السبكي ٥/ ٦٠، وطبقات الأسنوي ١/ ٣١٦.

(٣) المعالم: كتاب في أصول الفقه للرازي، وقد شرحه كثيرون منهم ابن التلمساني المذكور. كشف الظنون ٢/ ١٧٢٧.

(٤) الأصفهاني: هو أبو عبدالله محمد بن محمد الأصفهاني، كان إماماً بارعاً في الأصلين والجدل والمنطق وعارفاً بالنحو والشعر، تولى القضاء بمنبج ثم بالقاهرة، له مؤلفات منها: شرح المحصول والقواعد في الجدل والمنطق وغيرهما، توفي سنة ٦٨٨هـ. طبقات السبكي ٥/ ٤١، وطبقات الأسنوي ١/ ١٥٥-١٥٧.

(٥) المحصول للرازي شرحه الأصفهاني وهو كتاب حافل ومات ولم يكمله، توجد منه نسخة بدار الكتب المصرية برقم ٧٤٢ ونسخة برقم ١٣٠. كشف الظنون ٢/ ١٦١٥، وفهرس دار الكتب الممصرية قسم أصول الفقه.

(٦) ابن برهان هو: أبو الفتح أحمد بن علي بن برهان، تفقه على الغزالي والشاشي وبرع في المذهب والأصول، وكان هو الغالب عليه، وله فيه تصانيف هي: البسيط والوسيط والوجيز، درس بالنظامية، وتوفي سنة ٥٢٠هـ وقيل ٥١٨هـ. طبقات السبكي ٦/ ٣٠، وطبقات الأسنوي ١/ ٢٧٠.

(٧) منتهى الوصول ٢/ ١٩.

(٨) قال الإمام في البرهان ١/ ٢٦٤: والرأي الحق عندي الوقف بهذه الصيغة.

(٩) ذكر شيخنا العلائي أن الآمدي توقف في المسألة إلا أن كلامه يوحي بالميل إلى الإباحة حيث قال: والمختار أنها ـ أي صيغة افعل بعد الحظر ـ وإن كانت ظاهرة في الطلب والاقتضاء وموقوفة بالنسبة إلى الوجوب والندب. . . . . إلا أنها محتملة للإباحة وللإذن في الفعل. الإحكام للآمدي ٢/ ٢٦١.

(١٠) ذهب الغزالي إلى التفصيل فقال: والمختار أنه ينظر، فإن كان الحظر السابق عارضاً لعلة =

منها: الحلق في الحج والعمرة، وفيه قولان:

أصحهما: أنه نسك فرض لا بد منه، ويتوقف عليه الحل.

والثاني: أنه استباحه محظور[1]، قال النووي: أي ليس بنسك، وإنما هو شيء أبيح له بعد أن كان حراماً كالطيب واللباس، وعلى هذا لا ثواب فيه ولا تعلق له بالتحلل[2].

قلت: ولم أر أحداً صرح باستباحته على هذا القول بل يرجع الخلاف إلى أنه واجب أو مباح مع ورود طلبه في الحديث الصحيح بقوله ﷺ: «رحم الله المحلقين ثلاثاً»[3].

ومنها[4]: الطيب في البدن عند إرادة الإحرام بما يبقى بعده، وقد ثبت عن النبي ﷺأنه فعله[5]، والصحيح أنه مستحب وفيه وجه أنه مباح، ووجه آخر أنه يحرم على النساء

= وعلقت صيغة افعل بزواله كقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢]، فعرف الاستعمال يدل على أنه لرفع الذم فقط حتى يرجع حكمه إلى ما قبله وإن احتمل أن يكون رفع الحظر بندب وإباحة، لكن الأغلب ما ذكرناه... أما إذا لم يكن الحظر عارضاً لعلة ولا صيغة افعل علق بزوالها، فيبقى موجب الصيغة على أصل التردد بين الندب والإباحة. المستصفى ١/ ٤٣٥.

(١) ونسبه النووي إلى الشافعي: حيث قال: وللشافعي قول شاذ وضعيف، إنه استباحة محظور كالطيب. شرح صحيح مسلم ٩/ ٥٠.

(٢) المجموع ٨/ ٢٠٥.

(٣) نص الحديث أن رسول الله ﷺ قال: «اللهم اغفر للمحلقين» قالوا: وللمقصرين، قال: «اللهم اغفر للمحلقين» قالوا: وللمقصرين، قالها ثلاثاً، قال: «وللمقصرين». صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣/ ٥٦١، وصحيح مسلم بشرح النووي ٩/ ٥١.

(٤) هذا الفرع لا يدخل تحت القاعدة حيث إنَّ النبي ﷺ لم يأمر بوضع الطيب بعد تحريمه في ابتداء الإحرام إلا إذا قلنا إنَّ فعله ﷺ محمول على الوجوب في حقه وحقنا، وأفعال النبي ﷺ إما أن تكون جبلية فلا نزاع في كونه على الإباحة، وأما ما سوى ذلك من الأفعال مما ثبت كونه من خواصه التي لا يشاركه فيه أحد فلا يدل ذلك على التشريك بينه وبيننا فيه إجماعاً، وأما ما كان فعله بياناً لنا، فهو دليل من غير خلاف.

وأما ما لم يقترن به ما يدل على أنه للبيان لا نفياً ولا إثباتاً فإما أن يظهر فيه قصد القربة أو لم يظهر، فإن ظهر فيه قصد القربة فقد اختلفوا فيه، فمنهم من قال: إن فعله عليه السلام محمول على الوجوب في حقه وحقنا، ومنهم من قال: إنه للإباحة وهو مذهب مالك، ومنهم من قال: بالوقف.

أما ما لم يظهر فيه قصد القربة فقد اختلفوا أيضاً فيه على نحو اختلافهم فيما ظهر به قصد القربة غير أن القول بالوجوب والندب فيه أبعد مما ظهر فيه قصد القربة والوقف والإباحة أقرب، من هذا يظهر أن هذا الفرع يخرج عن هذه القاعدة والله أعلم. الإحكام للآمدي ١/ ٢٤٧-٢٤٩.

(٥) عن عائشة رضي الله عنها قالت: كنت أطيب رسول الله ﷺ لإحرامه حين يحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت. صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣/٣٩٦، وصحيح مسلم بشرح النووي =

خاصة، والخلاف في الرجال[1]، وفي البيان وجه أنه يحرم على الرجال أيضاً.

قال النووي: وليس بشيء[2]، والصواب الاستحباب مطلقاً[3]، وهو المنصوص في كتب الشافعي[4] رحمه الله.

ومنها: النظر إلى المخطوبة وقد ثبت الأمر به[5] وكان النظر إليها لولا ذلك محرماً، فاختلف الأصحاب فيه على وجهين: أصحهما: أنه مباح[6].

وقد ورد في الحديث أنه ﷺ قال: «فلا بأس أن ينظر إليها»[7] إذا كان إنما ينظر إليها للتزويج، وهذا يرجع إلى أن الأمر في الحديث الاخر للإباحة.

ومنها: الإبراد بالظهر في شدة الحر، وقد ثبت الأمر به[8]، والصحيح المشهور أنه

= ٨/ ٩٨.

(١) فتح العزيز ٧/ ٢٤٨، والمجموع ٧/ ٢١٨.

(٢) المجموع ٧/ ٢١٨.

(٣) أي سواء كان للرجال أو للنساء لأن لفظ الحديث مطلق لا يفرق بين الرجال والنساء. المجموع ٧/ ٢١٨.

(٤) الأم ٢/ ١٦٥، وعبارة الشافعي في الأم توحي بالإباحة وعدم الاستحباب حيث قال: (لا بأس أن يتطيب الرجل قبل إحرامه... ولا بأس على المرأة بالتطيب)، فكلمة لا بأس توحي بالإباحة لا الاستحباب، ولعل ذلك في كتاب آخر غير الأم.

(٥) وردت عدة أحاديث في هذا الموضوع منها: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: كنت عند النبي ﷺ فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار فقال له رسول الله ﷺ: «أنظرت إليها؟» قال: لا، قال: «فاذهب فانظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئاً» صحيح مسلم بشرح النووي ٩/ ٢١٠.
ومنها حديث المغيرة بن شعبة أنه أراد أن يتزوج امرأة فقال له النبي ﷺ: «اذهب فانظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكم» ففعل فتزوجها. الترمذي ٣/ ٣٩٧، وقال: هذا حديث حسن، والنسائي ٦/ ٦٩-٧٠.

(٦) الروضة ٧/ ١٩-٢٠.

(٧) الحديث عن محمد بن سلمة قال: خطبت امرأة فجعلت أتخبأ لها حتى نظرت إليها في نخل لها، فقيل له: أتفعل هذا وأنت صاحب رسول الله ﷺ؟ فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا ألقى الله في قلب امرىء خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها». سنن ابن ماجه ١/ ٥٩٩.
وفي الزوائد: في إسناده حجاج وهو ابن أرطأة الكوفي ضعيف ومدلس، ورواه بالعنعنة لكن لم ينفرد به حجاج فقد رواه ابن حبان في صحيحه بإسناد آخر.

(٨) عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ قال: «إذا اشتد الحر فأبردوا عن الصلاة فإن شدة الحر من فيح جهنم». صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢/ ١٥، وصحيح مسلم بشرح النووي ٥/ ١١٧.

سنة مستحبة[١]، وفيه وجه أنه مباح رخصة، ولو تكلف المشقة وصلى في أول الوقت كان أفضل، وصححه أبو علي السنجي في شرح التلخيص[٢]، واعترض عليه في ذلك[٣].

ومنها: إذا سبق المأموم الإمام إلى ركن مثل أن جلس الإمام للتشهد الأول وانتصب المأموم قائماً ففيه خلاف، يرجع حاصله إلى ثلاثة أوجه:

أصحها: يجب الرجوع إلى متابعة الإمام.

والثاني: يجوز، ولا يجب ذلك.

والثالث: يحرم عليه ذلك[٤].

ومنها: جلسة الاستراحة، والأصح أنها سنة مستحبة، منهم من قطع به، وقال أبو إسحاق المروزي: إن كان المصلي ضعيفاً لمرض أو كبر استحبت له، وإلا فلا[٥]، واتفقوا على أنها لا تبطل الصلاة إلا أن يطول جداً، فمن لم يقل باستحبابها تكون عنده مباحة، ولكن الأولى أن لا يفعلها.

ومنها: قتل الأسودين ـ الحية والعقرب ـ في الصلاة وقد ورد الأمر به[٦] مع أن الأفعال المنافية للصلاة محرمة، وإن كان قليلاً فهو مكروه[٧]، وقال النووي رحمه الله: إلا في مواضع، وذكر منها: أن يكون مندوباً إليه، كقتل الحية والعقرب ونحوهما[٨]، وكأنه أراد مندوباً إليه في الجملة لا في نفس الصلاة[٩]، ولا يبعد تخريجه في الصلاة على الخلاف.

---

(١) وهذا ما نص عليه الشافعي وقطع به جمهور العراقيين والخراسانيين. الأم ١/ ٩١، والمجموع ٣/ ٥٩.

(٢) التلخيص كتاب في الفروع لأحمد بن القاص الطبري، له عدة شروح منها شرح ابن السنجي وهو شرح كبير. كشف الظنون ١/ ٤٧٩.

(٣) قال النووي: وليس كما قال، بل هذا الوجه غلط منابذ للسنن المتظاهرة. المجموع ٣/ ٥٩.

(٤) المجموع ٤/ ٢٣٤.

(٥) فتح العزيز ٣/ ٤٨٨-٤٨٩، والمجموع ٣/ ٤٤٣-٤٤٤.

(٦) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «اقتلوا الأسودين في الصلاة الحية والعقرب». سنن ابن ماجه ١/ ٣٩٤، سنن أبي داود ١/ ٢٤٠، وسنن الترمذي ٢/ ٢٣٤ وقال حديث حسن صحيح.

(٧) المجموع ٤/ ٩٣-٩٤.

(٨) كدفع المار بين يديه ودفع الصائل. المجموع ٤/ ٩٤.

(٩) قال النووي في استحباب قتل الحيات مطلقاً. شرح صحيح مسلم ١٤/ ٢٣٠.

وقد ذكروا فيما إذا فاتته راتبة راتبة أو نافلة اتخذها ورداً فقضاها في أحد الأوقات التي تحرم فيها الصلاة، أنه هل له المداومة على مثل ذلك كما فعل النبي ﷺ في الركعتين بعد العصر؟[١] وجهين:

أحدهما: نعم، اتباعاً لفعله ﷺ.

وأصحهما: لا، وتلك الصلاة من خصائصه ﷺ وعلى هذا فتعود إلى حالتها من الكراهة، ولا يجيء فيه التردد بين الاستحباب والإباحة.

وقد اتفق أصحابنا على أن المسح على الخف رخصة، وإن غسل الرجلين أفضل، بشرط أن لا يترك المسح رغبة عن السنة[٢]، مع أنه قد ثبت الأمر به في عدة أحاديث[٣]، ولم أر من قال منهم: بأنه مستحب، بل هو رواية عن أحمد بن حنبل، وقال في أخرى عنه: هما سواء[٤]، وهو اختيار ابن المنذر من أصحابنا[٥]، والله أعلم.

---

(١) عن ابن أبي حرملة قال: أخبرني أبو سلمة أنه سأل عائشة رضي الله عنها عن السجدتين اللتين كان رسول الله ﷺ يصليهما بعد العصر، فقالت: كان يصليهما قبل العصر، ثم أنه شغل عنهما أو نسيهما فصلاهما بعد العصر ثم أثبتهما وكان إذا صلى صلاة أثبتها. صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣/ ١٠٥، وصحيح مسلم بشرح النووي ٦/ ١٢٢.

(٢) المجموع ١/ ٤٧٨.

(٣) منها ما رواه عبد المهيمن عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ مسح على الخفين، وأمر بالمسح على الخفين. سنن ابن ماجه ١/ ١٨٢، وفي الزوائد: ضعيف اتفق الجمهور على ضعف عبد المهيمن.
ومنها: ما روي عن شريح بن هانيء قال: سألت عائشة عن المسح على الخفين فقالت: أئت علياً فإنه أعلم بذلك مني، فأتيت علياً فسألته عن المسح فقال: كان رسول الله ﷺ يأمرنا أن نمسح للمقيم يوماً وليلة وللمسافر ثلاثة أيام. صحيح مسلم بشرح النووي ٣/ ١٧٥، وسنن ابن ماجه ١/ ١٨٣.

(٤) المغني ١/ ٢٨٣-٢٨٤.

(٥) المجموع ١/ ٤٧٩.

قاعدة

إذا علق الأمر على شرط هل يقتضي التكرار بتكرر ذلك الشرط أم لا؟

اختلفوا فيه على القول بأن مطلق الأمر لا يفيد التكرار وهو الصحيح[1]، والمختار التفصيل، وهو أنه إن كان الشرط مناسباً لترتب الحكم عليه بحيث يكون علة له كقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] وكآية القذف[2] ونحو ذلك[3] فإنه يتكرر بتكرره، للاتفاق على أن الحكم المعلل يتكرر بتكررها[4]، وإن لم يكن كذلك، فإنه لا يقتضي التكرار إلا بدليل من خارج، وهذا في الأدلة الشرعية.

وأما في تصرفات المكلفين، فلا يقتضي تكراراً بمجرده وإن كان علة[5]، فإنه لو قال: أعتقت عبدي غانماً لسواده، وله عبيد آخرون سود، لم يعتقوا قطعاً[6]، والشرط أولى كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، أو إذا دخلت، أو قال: أي حين ونحو ذلك، فإذا دخلت مرة واحدة وقع المعلق عليه وانحلت اليمين، ولا يتعدد ذلك بتكرر المعلق

---

(١) هل الأمر المطلق يفيد المرة أو التكرار؟ للعلماء فيه مذاهب:

أ- ذهب الرازي والآمدي وابن الحاجب إلى أن الأمر المطلق لا يفيد مرة ولا تكراراً بل على مجرد إيقاع الماهية.

ب- أنه يفيد المرة لفظاً، وعزاه الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني إلى أكثر الشافعية.

ج- أنه يفيد التكرار المستوعب لزمان العمر بشرط الإمكان فلا يعم أوقات ضروريات الإنسان، والمراد من التكرار إعادة الماهية لا بقيد التشخيص إذ إعادتها بهذا القيد أمر خارج عن قدرة المكلف.

د- أنه مشترك لفظي بين المرة والتكرار.

هـ- التوقف، إما لاشتراك الأمر بين المرة والمرات أو لأن الحقيقة غير معلومة، وإليه ذهب إمام الحرمين.

و- أنه إن كان فعلاً له غاية يمكن إيقاعه في جميع المدة فيلزمه في جميعها وإلا فيلزمه الأقل، حكاه صفي الدين الهندي عن عيسى بن أبان. المحصول ١/ق١/ ١٦٢، والإحكام للآمدي ٢/ ٢٢٥، ومنتهى الوصول ١/ ١٩٤، والإبهاج ٢/ ٤٨-٥٠، ونهاية السول ٢/ ٢٧٤-٢٧٥.

(٢) [سورة النور: ٤]، ونصها: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾.

(٣) كقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢].

(٤) منتهى الوصول ٢/ ٨٣.

(٥) المحصول ١/ ق٢/ ١٨٥.

(٦) الروضة ٨/ ١٢٨.

عليه، إلا إذا قال: كلما دخلت، فإنه يتكرر بتكرر الدخول، لأن صيغة كلما تقتضي التكرار بموضوعها[١]، وليس ذلك من مجرد التعليق بل من صيغة كلما[٢] كما سنبينه.

وحكى الرافعي وغيره[٣] وجهاً أن متى ما تقتضي التكرار أيضاً، ووجهاً آخر أن متى وحدها تقتضي التكرار، كما تقتضيه متى ما، والصحيح أنهما لا يقتضيان ذلك[٤] لأن ما المضافة إليها كل، مصدرية ظرفية.

وقد حكى إمام الحرمين اتفاق أئمة العربية على أنها ظرف زمان، ولذلك كان انتصاب كل منهما على الظرفية، والعامل فيها إمّا الفعل المضاف إليه كلما، أو الجزاء الذي هو جواب، على اختلاف بين النحاة في ذلك، فإذا قال: كلما أتيتني أكرمتك، كان معناه كل إتيان يحصل منك لي في كل وقت أكرمتك فيه، فيعم سائر الأفعال الواقعة وهي في تجردها عن ما تقتضي دخول كل فرد فرد فيها، بخلاف بقية صيغ العموم، وكذلك إذا قال: للرجال عندي درهم، لزمه للجميع درهم واحد، وإذا قال لكل رجل منهم، لزمه لكل واحد درهم، فاقتضت التكرار بدخول ما عليها، بخلاف متى وأين وحيث فإنها لا تقتضي معنى كل في ذلك، فإذا قال: كلما دخلت فأنت طالق، فمعناه أن كل فرد من الأزمنة ظرف لوقوع الطلاق فيه، فيتكرر الطلاق في تلك الظروف، وفي فتاوى القاضي حسين[٥] أنه إذا قال: كلما لم أطلقك فأنت طالق، ثم مضى زمان يمكن أن يطلق فيه ثلاث مرات وقع عليه ثلاث طلقات[٦]، بخلاف ما إذا قال: مهما لم أطلق فأنت طالق، فإنه لا يقتضي التكرار، وكذلك لو قال: كل امرأة لم أطلقها فهي طالق، لا يقتضي التكرار أيضاً، وقد اتفقوا على أنه إذا قال للمدخول بها: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق، ثم قال لها: أنت طالق، أنه يقع الطلاق الثلاث، لأن الثانية تقع بوقوع الأولى، والثالثة بوقوع الثانية[٧].

واختلفوا فيما لو قال: كلما طلقتك فأنت طالق[٨] فالأصح أنه لا يقع إلا طلقتان،

---

(١) أي بمعناها الموضوع لها لا بسبب الشرط.

(٢) الروضة ٨/ ١٢٨.

(٣) كالحناطي. الروضة ٨/ ١٢٨.

(٤) الروضة ٨/ ١٢٨.

(٥) قال الأسنوي في طبقاته ١/ ٤٠٧: وأما فتاويه فمعروفة.

(٦) الروضة ٨/ ١٣٤.

(٧) الحاوي ١٣/ ٩٦، والروضة ٨/ ١٣٠.

(٨) الزيادة من المحقق لكي يتم الكلام وهو ما ذكر في الروضة ٨/ ١٣٠.

وقيل: يقع الثلاث[1]، لأن الثانية الواقعة بوجود المعلق عليه هو الموقع لها بالتعليق للسابق، فكأنه طلق مرة أخرى.

وجوابه: أن وجود الصفة بعد التعليق ليس تطليقاً إنشائياً حتى يترتب عليه وقوع طلقة ثالثة، ولو قال: كلما كلمت رجلاً فأنت طالق، فكلمت رجلين كلمة واحدة، طلقت طلقتين على المذهب، وفيه وجه أنها لا تطلق إلا واحدة نظراً إلى اتحاد التكليم.

ولو قال: كلما طلقت امرأة فعبد من عبيدي حر، وكلما طلقت اثنتين فعبدان، وكلما طلقت ثلاثاً فثلاثة أعبد، وكلما طلقت أربعاً فأربعة أعبد أحرار، ثم طلق أربعاً، فالصحيح أنه يعتق خمسة عشر عبداً نظراً إلى تعدد كل مرة مع التي قبلها[2]، وقيل: يعتق عشرة[3] كما لو قال: إذا طلقت أو مهما طلقت ونحو ذلك، وهو إلغاء لموضوع كلما، وقيل: يعتق سبعة عشر[4]، وقيل: عشرين[5].

قال الرافعي: ولا فرق بين أن يوقع الطلاق على الأربع دفعة أو على الترتيب[6].

قال ابن الرفعة: ينبغي أن يجيء منه إذا كان دفعة الوجه المتقدم في اتحاد التكليم، والله أعلم.

---

(١) وينسب هذ الرأي إلى القاضي أبي حامد وغيره. الروضة ٨/ ١٣٠.

(٢) وتوضيح ذلك أن طلاق الأولى يعتق به عبد واحد، وطلاق الثانية يعتق به ثلاثة أعبد، وإنه قد جمع فيها صفتين: أنها واحدة وأنها ثانية، وطلاق الثالثة يعتق به أربعة أعبد لأنه قد اجتمع فيه صفتان أنها واحدة وأنها ثالثة، وطلاق الرابعة يعتق سبعة عبيد لأنه اجتمع فيها ثلاث صفات: أنها واحدة وأنها ثانية وأنها رابعة الحاوي ١٣/ ٧٢.

(٣) وبه قال ابن ا لقطان، واحد في الأولى واثنان في الثانية وثلاثة في الثالثة وأربعة في الرابعة، قال الماوردي: وهذا وهم فاسد لأن العدد لا يتداخل في مثله، ويجوز أن يتداخل في غيره والآحاد موجودة في الأربعة فتتضاعف والاثنان تتضاعف في الأربعة ولا تتضاعف الاثنان من اثنين ولا الثلاثة من الثلاثة ففسد ما ذهب إليه ابن القطان.
الحاوي ١٣/ ٧٢-٧٣.

(٤) زيد عبدان بالثالثة فجعل فيها ثلاث صفات صفة الواحدة وصفة الاثنين وصفة الثلاث. الحاوي ١٣/ ٧٢.

(٥) فقد جعل في الرابعة أربع صفات صفة الواحدة وصفة الاثنين وصفة الثلاث، لأن الثانية والثالثة والرابعة ثلاث، وصفة الرابعة، فأعتق بالأولى عبداً وبالثانية ثلاثة وبالثالثة ستة وبالرابعة عشرة. الحاوي ١٣/ ٧٢.

(٦) الروضة ٨/ ١٣٣.

قاعدة

اختلفوا في الأمر المجرد عن القرائن، هل يقتضي الفور أم لا؟

فقال الشافعي رحمه الله: لا يقتضي بمجرده الفور، ولا التراخي، بل هو للقدر المشترك بينهما ولا يحمل على ـ ـ ـ بدليل[1]، وقال الأستاذ أبو إسحاق: موضوعه للفور والمبادرة إلى الامتثال[2] وهو مذهب أبي حنيفة[3] رحمه الله.

وقال آخرون[4]: إنه للتراخي، بمعنى أنه لا تجب المبادرة لا أنه إذا بادر لم يعتد به، ولم يكن ممتثلاً.

وقيل: بالوقف[5] إلى أن يظهر دليل، وعلى هذا بني الخلاف بيننا وبين الحنفية في أن الحج هل هو على الفور أو التراخي[6]، وهذا كله فيما وجب لا عن سبب، وأما ما كان وجوبه عن سبب ناجز شرع من أجله فإنه يجب ناجزاً، وذلك في صور.

منها: الزكاة في النَّعَم والنقدين عند تمام الحول، والتمكن من الأداء، وكذلك زكاة المعشرات عند التنقية، والجفاف وإمكان الأداء، وزكاة الركاز عند وجدانه والتمكن، لأن المقصود من شرعية الزكاة سد خَلة الفقراء وضروراتهم وفي تأخيرها إضرار بالمستحقين، لا سيما مع تعلق أطماعهم بها وتشوقهم إليها فلم يجز تأخيرها، وأما زكاة المعدن فوقت الوجوب إذا قلنا: بالأصح إنَّ الحول لا يشترط فيه، حصول النيل في يده، ووقت وجوب الإخراج التخليص والتصفية[7].

---

(١) إلى هذا الرأي ذهب الرازي والآمدي وابن الحاجب والبيضاوي. المحصول ١/ق٢/ ١٨٩، والإحكام للآمدي ٢/ ٢٤٢، ومختصر ابن الحاجب بشرح العضد ١/ ١٩٧، ونهاية السول ٢/ ٢٨٦.

(٢) الإحكام للآمدي ٢/ ٢٤٢، والقائلون بأن الأمر المطلق يدل على التكرار قالوا: إنه يدل على الفور. فواتح الرحموت ١/ ٣٨٧، وجمع الجوامع بحاشية البناني ١/ ٣٨١، وإرشاد الفحول ٩٩.

(٣) قال السرخسي في أصوله ١/ ٢٦١: والذي رجح عندي فيه من مذهب علمائنا رحمهم الله أنه على التراخي.

(٤) كالقاضي أبي بكر والجبائي وأبي الحسين البصري والشافعية وجماعة من الأشاعرة. الإحكام للآمدي ٢/ ٢٤٢.

(٥) إليه ذهب إمام الحرمين. الإحكام للآمدي ٢/ ٢٤٢.

(٦) الروضة ٣/ ٣٣، وحاشية رد المحتار ٢/ ٤٥٧.

(٧) المجموع ٦/ ٨٤.

ومنها: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، يجبان على الفور لئلا تتأخر مصلحة المعروف المأمور به، والغرض من المنكر زوال المفسدة في تلك المعصية، ففي التأخير مع القدرة على إزالتها تقرير لها.

ومنها: الحكم بين الخصوم لهذا المعنى، لأن أحد الخصمين ظالم معتد، وظلمه مفسدة ناجزة، ففي تأخير الحكم عليه تحقيق للمفسدة.

ومنها: وجوب أداء الشهادة المتعينة إذا طلبها صاحبها على الفور لما في تأخيرها عنه من الإضرار به، وإن كانت شهادة حسبة، فكما في النهي عن المنكر.

ومنها: إقامة الحدود على من وجبت عليه، لما في تأخيرها من تقليل الزجر عن المفاسد المترتبة عليها، إلا أن يعارض ذلك قيام ألم بالمحدود، أو وجود برد شديد أو حر شديد فإنه يؤخر لمصلحته إذا لم يكن الحد قتلاً لئلا يأتي على مهجته.

ومنها: دفع الصائل والباغي وقتال البغاة يجب أيضاً على الفور لما تقدم.

وأما الكفارات فإنها وإن كانت عن أسباب فوجوبها على التراخي لأن الفقراء لا تتشوق أطماعهم إليها تشوقهم إلى الزكاة المالية لتحقق وجود أرباب الأموال وعدم علمهم بمن تجب عليه الكفارة، ولندرته أيضاً بخلاف أرباب الأموال إلا أن يكون من وجبت عليه الكفارة متعدياً بسببها فيجب على الفور، كما تقدم فيمن وجب عليه قضاء الواجب لتعديه بالتأخير فإنه يتضيق عليه، فكذلك هنا على أنهم قد نصوا في كفارة الظهار أنها على التراخي، وقد تقدم أنه كبيرة وكأنهم اكتفوا بتحريم الوطء عليه حتى يكفر عن إلزامه بذلك على الفور، فكأنه مرهق عليها، أو لما كان العود شرطاً في لزوم الكفارة، والعود مباح، كانت على التراخي.

وأما في صيغ التعليق: فمنها ما يقتضي الفور ومنها ما يقتضي التراخي.

والألفاظ التي يعلق بها الطلاق أو العتق بالشروط والصفات: من ، وإن، وإذا، ومتى، ومتى ما، ومهما، وكلما، وأي[١]، مثل من دخل الدار فهو حر، أو فهي طالق، ومتى دخلت، أو إن دخلت، أو إذا دخلت، أو أي وقت أو زمان.

ثم إن كان التعليق بإثبات فعل لم يقتض شيء منها على الفور ولم يشترط وقوع المعلق عليه في المجلس إلا في صورتين.

---

(١) الروضة ٨/١٢٨.

إحداهما: إذا علق الطلاق بمشيئتها، مثل إن شئت فأنت طالق، فإنه يشترط القبول في ذلك المجلس، بخلاف ما إذا قال: طلقي نفسك متى شئت، فإنه لا يشترط ذلك على الفور، ولها أن تطلق نفسها متى شاءت ما لم يرجع الزوج عن ذلك.

وثانيتهما: إذا كان التعليق لتحصيل مال في الخلع، فإذا قال: إن أعطيتني ألفاً أو إذا أعطيتني ألفاً، أو إن ضمنت لي، أو إذا ضمنت فأنت طالق، اشترط الإعطاء أو الضمان في المجلس، بخلاف ما إذا قال: متى أو متى ما أعطيتني أو ضمنت لي أو مهما أو أي وقت فإنه لا يشترط ذلك(١).

وفي إذا وجه أنه لا يقتضي الفورية كهذه الصيغ(٢)، فإن كان الالتماس من جهتها بأن قالت: إن طلقتني فلك ألف، أو متى ونحو ذلك، ففيه وجهان:

أصحهما ـ وبه قال الجمهور ـ: أنه يشترط في كل ذلك الفورية.

والثاني: أنه يتراخى في متى وأخواتها، كما تقدم، والأولون فرقوا بين الموضعين بأن ذلك من جانب الزوج تعليق، والتعليق يقبل التأخير، وأما هو من جانب الزوجة فمعاوضة محضة فاشتراط فيها الفور كسائر المعاوضات(٣).

وأما إذا كان التعليق بهذه الصيغ في جانب النفي، كما إذا علق بنفي الدخول أو نفي التطليق أو غير ذلك من الأقوال والأفعال، فقد نص فيما إذا قال: إذا لم أطلقك فأنت طالق، ومضى زمان يمكنه أن يطلق فيه فلم يطلق، طلقت(٤)، ونص فيما إذا كان بلفظ إن، أنها لا تطلق حتى يحصل اليأس بموت أو جنون متصل به(٥)، وجمهور الأصحاب على تقرير النصين، والفرق بينهما: أن حرف «إن» يدل على مجرد الاشتراط ولا إشعار له بالزمان، و«إذا» ظرف زمان يعم جميع الأوقات، فينجز بالفوات في وقت ما منها(٦).

ومنهم من يقل وخرج قولين من كل مسألة إلى الأخرى والأول أقوى.

ولو قال ذلك بـ «متى» أو بـ«مهما» أو «أي حين» أو«كلما» فالصحيح أنها مثل «إذا»

---

(١) الروضة ٧/ ١٨١.

(٢) المهذب بشرح المجموع ١٧/ ١٨، والروضة ٧/ ٣٨١.

(٣) الروضة ٧/ ٤٠٧.

(٤) المهذب ٢/ ٩٢.

(٥) الروضة ٨/ ١٣٣و١٣٥.

(٦) المجموع ١٧/ ١٨٨، ومغني المحتاج ٣/ ٣١٨.

في اشتراط الفورية[1]، وأشار بعضهم[2] إلى طرد الخلاف المتقدم فيها وهو غريب.

وقد اعترض الرافعي على إطلاق الفور والتراخي في هذه الأمثلة، قال لأنهما إنما يستعملان في الأفعال التي لها أوقات موسعة والنظر في التعليقات إلى حصول الصفة التي ارتبط بها الطلاق، ويستوي في ذلك ظرف النفي والإثبات.

وكلمة «إن» حرف شرط يتعلق بمطلق الفعل من غير دلالة على الزمان، ففي ظرف الإثبات إذا حصل الفعل في أي وقت كان، وقع الطلاق، وفي ظرف النفي يعتبر انتفاؤه، والانتفاء المطلق بانتفاء جميع الزمان، ألا ترى أنه لو حلف أن يكلمه بر إذا كلمه مرة في عمره، ولو حلف أن لا يكلمه فإنما يبر إذا امتنع عنه جميع العمر.

وأما إذا ومتى وأي حين وما يدل على الزمان، فحاصلها أن يقول: في ظرف الإثبات أي وقت فعلت كذا فأنت طالق، فأي وقت فعل يقع الطلاق سواء في الزمان الأول وغيره، ويقول في ظرف النفي: أي وقت لم أفعل كذا فأنت طالق، فإذا مضى زمان لم يفعله حصلت الصفة، فلا فرق إذن بين ظرفي النفي والإثبات إلا في كيفية حصول الصفة[3]. انتهى كلامه.

وهو بالنسبة إلى التعليق المطلق، وأما القيد بمشيئتها أو بالمعاوضة في الخلع فاشتراط الفورية فيه لشبهها بالعقود ذوات الإيجاب والقبول، غير أنه توسع فيهما قليلاً، ولم يشترط الاتصال التام بل اعتبر ذلك بالمجلس، والله أعلم.

مسألة

اختلفوا في أن الأمر بشيء معين هل هو نهي عن ضده أم لا؟

فقال بالأول القاضي أبو بكر وجماعة أتباعه، ومنع ذلك بالكلية إمام الحرمين[4] والغزالي[5] وطائفة، وهو اختيار ابن الحاجب[6] وتوسط آخرون فقالوا: يدل عليه بالتضمن أو الالتزام. نقله القاضي عبد الوهاب عن أكثر أصحاب الشافعي[7] واختاره

---

(١) المجموع ١٧/ ١٨٩.
(٢) كالحناطي. الروضة ٨/ ١٣٤.
(٣) الروضة ٨/ ١٣٤.
(٤) البرهان ١/ ٢٥٠.
(٥) المنخول ١١٤.
(٦) منتهى الوصول ٢/ ٨٥.
(٧) البحر المحيط ٢/ ٤١٨.

الآمدي وفخر الدين[1] ومتابعوه، وإنما يجيء هذا في الواجب المضيق دون الموسع، إلا إذا تضيق وقته فعلى هذا يكون الأمر بالشيء يستلزم النهي عن جميع أضداده، بخلاف النهي عن الشيء فإنه يستلزم الأمر بأحد أضداده[2]، ثم هل يختص هذا بالأمر الذي للوجوب أم لا؟ فيه قولان:

والصحيح أنه لا فرق بين أمر الوجوب وأمر الندب[3]، ويتخرج على هذه المسألة ما إذا قال: إن خالفت نهيي فأنت طالق، ثم قال لها: قومي، فقعدت، حكى الإمام الرافعي عن الأصحاب أنهم قالوا: يقع الطلاق، لأن الأمر بالشيء نهي عن جميع أضداده، فكأنه قال: لا تقعدي، ثم ضعفاه بأن الأمر بالشيء ليس نهياً عن ضده، قال الإمام: ولا يتضمنه[4].

قال الرافعي: ولو كان ذلك فاليمين لا ينبني عليه بل على اللغة والعرف[5].

وحكى الرافعي وغيره أنه إذا علق على مخالفتها الأمر مثل: إن خالفت أمري فأنت طالق، ثم قال: لا تخرجي فخرجت، لم تطلق، لأنها لم تخالف أمراً وإنما خالفت نهياً[6].

وقال الغزالي: وفيه نظر[7]، وكذلك قال الرافعي وجعله من حيث العرف[8] وقال مجلي في الذخائر: إن من قال في تلك المسألة بالوقوع ينبغي أن يقول: إنها تطلق في هذه المسألة، لأن النهي عن الشيء أمر بأحد أضداده، وبضده إذا لم يكن له إلا ضد واحد، فإذا خرجت فقد خالفت الأمر الذي تضمنه النهي عن الخروج.

ومما يقرب من تضمن الأمر معنى النهي عن ضده أنه هل يتضمن التعليق على فعل الأمر به كما إذا قال: إن أمرتك بأمر فخالفته فأنت طالق، ثم قال لها: إن لم تفعلي كذا فأنت طالق، فهل يكون أمراً لها بذلك الفعل حتى إذا امتنعت منه يقع المعلق عن مخالفته الأمر؟ فيه وجهان:

---

(١) المحصول ١/ق٢/ ٣٣٤، والإحكام للآمدي ٢/ ٢٥٢.
(٢) منتهى الوصول ٢/ ٨٩، وإرشاد الفحول ١٠٤.
(٣) الإحكام للآمدي ٢/ ٢٥٢.
(٤) الروضة ٨/ ١٨٨.
(٥) الروضة ٨/ ١٨٨، ونهاية المحتاج ٧/ ٤٦.
(٦) الروضة ٨/ ١٨٨.
(٧) قال الغزالي في الوجيز ٢/ ٧٠: ولو علق على مخالفتها للأمر ثم قال: لا تكلمي زيداً فكلمت، لم تطلق لأنه مخالفة للنهي وهذا ينازع في العرف.
(٨) الروضة ٨/ ١٨٨.

أحدهما: نعم، لأن اللفظ يتضمن أمرها بذلك.

وأصحهما: لا، لأنه ليس أمراً محققاً وإنما هو تعليق الطلاق على عدم فعل، أما لو أمرها بعد ذلك التعليق بأمر مستحيل، مثل أن يقول: اصعدي السماء، فهل يقع الطلاق لعدمه منها؟[١]

قال في الذخائر: فيه نظر يتعلق بأن ما لا يطاق هل يصح التكليف به؟[٢]

فإن قلنا: لا يصح، خرجت الصيغة عن أن يكون أمراً.

وإن قلنا: يصح، فتطلق بالمخالفة.

فرع

لو قال: إنْ لم تطيعيني فأنتِ طالق، فقالت: لا أطيعك ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يقع الطلاق بذل لتضمنه عدم الطاعة.

والأصح: أنه لا يقع حتى يأمرها بشيء فتمتنع، أو ينهاها عن شيء فتفعله.

ذكرها الرافعي في أواخر كتاب الطلاق[٣].

قاعدة

اختلفوا في الأمر بالماهية الكلية المطلقة فقال الآمدي: هو أمر بجزئي معين من جزئيات الماهية لا بالكلي المشترك[٤]، وقال فخر الدين: هو أمر بالكلي المشترك بين

---

(١) قال الماوردي في الحاوي ١٣/ ٨٤ فيها وجهان:
أحدهما: قد طلقت، لانها لم تفعل ما أمرها.
والوجه الثاني: لا تطلق، لأن الأمر في العرف ما أمكن إجابة المأمور إليه، وهذا غير ممكن.

(٢) هل يجوز التكليف بالمستحيل؟
أ- ذهب الجمهور إلى عدم الجواز، سواء كان مستحيلاً لذاته، أو لامتناع تعلق قدرة المكلف به.
ب- وذهب جماعة من الأشاعرة إلى عدم الجواز في الممتنع لذاته وإلى الجواز في الممتنع لامتناع تعلق قدرة المكلف به. المستصفى ١/ ٧٨، والمحصول ١/ ق٢/ ٣٦٣، والإحكام للآمدي ١/ ١٩٢، وإرشاد الفحول ٩.

(٣) الروضة ٨/ ٢٠٢.

(٤) الإحكام للآمدي ٢/ ٢٧٠.

الأفراد لا بجزئي معين[1] وهذا ما حكاه أبو المناقب الزنجاني[2] عن مذهب الشافعي[3].

وأن الأول مذهب أبي حنيفة[4] رحمهما الله، وكان شيخنا يرجح القول الثاني دائماً ويتخرج عليه مسائل:

منها: أن الوكيل بالبيع المطلق في شيء معين لا يملك البيع بالغبن الفاحش ولا بدون ثمن المثل، ولا بالنسيئة إذ ليس التوكيل بالبيع مطلقاً إذناً في شيء من الجزئيات بخصوصه، وإنما يملك البيع بثمن المثل نقداً لقيام القرينة الدالة عرفاً على الرضى به دون غيره[5] كما تقدم في قاعدة العادة.

ومنها: أن السيد إذا أذن لعبده في النكاح إنما ينصرف إلى النكاح الصحيح دون الفاسد، إذ هو إذن بكلي مطلق، فيتقيد بالصحيح ولا يشمل جميع الصور.

ويقرب من هذا، الكلام في أن من أذن له في شيء هل يكون ذلك إذناً له في لوازمه؟ وفيه خلاف في صور:

منها: إذا وكله في تصرفات كثيرة لا يمكنه القيام بها لكثرتها، فهل له أن يوكل في شيء منها؟ فيه ثلاثة أوجه[6]:

أحدها: له التوكيل في الجميع.

والثاني: المنع.

وأصحها: يوكل فيما يزيد على قدر الإمكان، ولا يوكل في القدر المقدور له[7].

---

(١) المحصول ١/ق٢/ ٤٢٧.

(٢) الزنجاني هو: محمد بن أحمد بن محمود، كان بحراً من بحار العلم، تولى قضاء بغداد مدة ثم عزل، من مؤلفاته «تخريج الفروع على الأصول»، استشهد بسيف التتار سنة ٦٥٦هـ عند أخذ بغداد. طبقات السبكي ٥/ ١٥٤، وطبقات الأسنوي ٢/ ١٥.

(٣) تخريج الفروع على الأصول ٢٠٨ونص عبارته: الأمر المطلق الكلي لا يقتضي الأمر بشيء في جزئياته عندنا.

(٤) مسلم الثبوت ١/ ٣٩٣.

(٥) المحصول ١/ق٢/ ٤٢٧، وتخريج الفروع على الأصول ٢٠٨.

(٦) الوجيز ١/ ١٩١.

(٧) قال في الروضة ٤/٣١٣: فالمذهب أن يوكل فيما يزيد على الممكن ولا يوكل في الممكن، =

ووجه الأول، أنه لما ملك التوكيل في البعض كان له ذلك في الكل، كما لو أذن له فيه صريحاً.

ومنها: التوكيل بالبيع مطلقاً، هل يقبض الثمن ويسلم المبيع أم لا يتحصل؟ فيه أيضاً ثلاثة أوجه:

أصحها: نعم، لأن ذلك من توابع البيع ومقتضياته.

والثاني: لا.

والثالث: يملك تسليم المبيع بعد توفير الثمن، ولا يملك قبض الثمن إلا بإذن صريح[1]، وأجروا الخلاف في الوكيل بالشراء هل يملك إقباض الثمن وقبض المشترى؟[2] وجزم الغزالي بأن له ذلك مع ذكره الخلاف في الوكيل بالبيع[3].

ومنها: الوكيل في إثبات الحق، هل يستوفيه؟ وفي استيفائه هل يثبته عند الحجود؟ فيه أيضاً ثلاثة أوجه، ثالثها: أن الوكيل بالاستيفاء يملك الإثبات، لأنه وسيلة إليه، بخلاف الوكيل في الإثبات.

وقال الغزالي: هو أعدل الوجوه[4].

وصحح الرافعي المنع فيهما ونسبه إلى الأكثرين[5].

ومنها: الوكيل بالشراء إذا توجه الدرك بالثمن عند خروج المبيع مستحقاً، هل يخاصم البائع لاسترداد الثمن؟ فيه خلاف أيضاً[6].

ومنها: إذا أذن له في رهن ماله على دين اقترضه الراهن وأعسر الراهن، هل يكون

= وفي وجه يوكل في الجميع، وقيل: لا يوكل في الممكن وفي الباقي وجهان، وقيل: في الجميع وجهان.

(١) الروضة ٤/٣٠٧.

(٢) قال الرافعي: (قال في التتمة والتهذيب فيه الخلاف السابق في وكيل البائع).
وقال النووي: (والصحيح القطع بالجواز، وهو الذي جزم به صاحب الحاوي والأكثرون، وقال صاحب الشامل: يسلم الثمن قطعاً ويقبض المبيع على الأصح ففرق بينهما). الروضة ٤/٣٠٨.

(٣) الوجيز ١/١٩٠.

(٤) الوجيز ١/١٩٠-١٩١.

(٥) الروضة ٤/٣٠٨ لكن لم يذكر فيها النسبة إلى الأكثرين.

(٦) الروضة ٤/٣٢٨.

إذناً للمرتهن في بيع المرهون؟ فيه خلاف[1].

وأنكر الغزالي عدم جواز بيعه[2] إذ لو لم يجز له لتقاعد عن الرهن مقصوده فكان يحكم ببطلان الرهن.

ومنها: إذا قضى عن الغير دينه بإذنه، من غير تقدم ضمان، ولم يشترط رجوعاً فهل له الرجوع؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، إذ ليس من ضرورة الأداء الرجوع[3].

وأصحهما: أنه يرجع لأن ذلك من لوازمه مع الإذن لجريان العادة بذلك.

ومنها: إذا أدى عنه الدين الذي ضمنه عنه بإذنه ولم يأذن في الأداء، ثلاثة أوجه:

أصحها: أنه يرجع.

والثاني: لا.

والثالث: إن أدى من غير مطالبة أو طولب وأمكنه مراجعة الأصل واستئذانه فلم يفعل، لم يرجع لأنه ليس مضطراً إلى الأداء، وإن لم يمكن مراجعته لكونه غائباً أو محبوساً فله الرجوع[4].

أما إذا ضمن بغير إذنه وأدى بإذنه ففيه وجهان: والأصح المنع من الرجوع، ورتبها الإمام[5] على المسألة المتقدمة إذا أدى بإذنه من غير ضمان، وقال: هنا أولى بعدم الرجوع لأن الإذن في الأداء بعد الالتزام بالضمان في حكم اللغو، والله أعلم.

مسألة

إذا ورد أمران متعاقبان بمتماثلين ولم يعطف أحدهما على الآخر، فإن كانت العادة تقتضي عدم التكرار مثل: اسقني ماء اسقني ماء، فالثاني تأكيد، وكذلك إذا كان الثاني

---

(١) الخلاف مبني على أن أخذ مال الغير ليكون رهناً، هل سبيل هذا العقد سبيل العارية أو سبيل الضمان؟ فإذا قيل: إنه عارية فلا يباع الرهن إلا بإذن جديد، سواء كان الراهن موسراً أو معسراً، إذا قيل: إنه ضمان، فلا يباع الرهن في حق المرتهن إن قدر الراهن على أداء الدين إلا بإذن مجدد، وإن كان معسراً فيباع وإن سخط المالك. فتح العزيز ١٠/٢٧.

(٢) الوجيز ١/١٦١.

(٣) فتح العزيز ١٠/٣٨٩.

(٤) الروضة ٤/٢٦٦.

(٥) الروضة ٤/٢٦٦.

معرفاً بعد تنكير الأول مثل: صل ركعتين صل الركعتين، وإن لم يكن شيء من ذلك فقيل: إنه يحمل الثاني على غير الأول[1] لأن فائدة التأسيس أولى من فائدة التأكيد، وقيل: بل يحمل على التأكيد، لأن الأصل براءة الذمة، وتوقف أبو الحسين[2] البصري فيه[3].

ويتخرج عليه ما إذا قال للمدخول بها: أنت طالق أنت طالق، فإن نوى التكرار وقعت طلقتان، وإن نوى التأكيد وقعت واحدة، وإن طلق ولم تكن له فيه نية فقولان:

---

(١) وإليه ذهب القاضي عبد الجبار. الإحكام للآمدي ٢/ ٢٧٢.

(٢) في جميع النسخ (أبو الحسن)، والصحيح ما أثبتناه.
وأبو الحسين البصري هو: محمد بن علي بن الطيب المعتزلي، كان غزير العلم، من أهم مصنفاته «المعتمد في أصول الفقه» و«غرر الأدلة» و«كتاب الإمامة»، توفي سنة ٤٣٦هـ. وفيات الأعيان ٤/ ٢٧١، والفتح المبين ١/ ٢٣٧.

(٣) تفصيل المسألة:
إذا ورد أمران متعاقبان فلا يخلو:
إما أن يكون الثاني معطوفاً على الأول.
وإما أن لا يكون معطوفاً.
فإن كان الأمر الثاني معطوفاً على الأول، فإن كان المأمور به مختلفاً فلا نزاع أنه يقتضي الأمرين سواء أمكن الجمع بينهما أو لم يمكن، وإن تماثل الأمران فالمأمور به إن لم يقبل التكرار فالأمر الثاني للتأكيد من غير خلاف.
وإن كان قابلاً للتكرار، فإن لم تكن العادة مانعة من التكرار ولا الثاني معرفاً فقد اختلف فيه، فقيل: إنه يفيد غير ما يفيده الأول، وقيل: يفيد التأكيد، وتوقف بعضهم فيه.
وأما إن كانت العادة مانعة من التكرار أو كان الثاني معرفاً فهو يفيد التأكيد.
وإما إذا لم يكن الأمر الثاني معطوفاً على الأول فإما أن يختلف المأمور به أو يتماثل.
فإن اختلف فلا خلاف في اقتضاء المامورين سواء أمكن الجمع بينهما أم لا يمكن الجمع.
وإن تماثل فإما أن يكون المأمور به قابلاً للتكرار أو لا يكون قابلاً له، فإن لم يكن قابلاً له فإنه للتأكيد.
وإن كان قابلاً للتكرار، فإن كانت العادة مما تمنع من تكرره أو كان الثاني منهما معرفاً فلا خلاف في كون الثاني مؤكداً للأول.
وإن لم تكن العادة مانعة من التكرار والثاني غير معرف ففيه خلاف، فقيل إنه يفيد التأكيد وقيل التأسيس وقيل بالتوقف.
المعتمد ١/ ١٧٥، والمحصول ١/ق٢/ ٢٥٣ وما بعدها، والإحكام للآمدي ٢/ ٢٧١، ومنتهى الوصول ٢/ ٩٤.

أصحهما: أنه يحمل على الاستئناف، لأن فائدة التأسيس مستقرة عند الانفراد، فإذا اجتمعا استمر ذلك.

والثاني: نص عليه في الإملاء[1]: أنه لا يقع إلا واحدة، ويكون الثاني تأكيداً، لأن التأكيد كثير في الكلام لا سيما بتكرر اللفظ والأصل البراءة.

أما إذا قال: أنت طالق طالق، فقد قطع القاضي حسين: بأنه لا يقع عند الإطلاق إلا واحدة، ويحمل على التأكيد، لأن كلمة أنت تشعر بالاستئناف، فلذلك جاء الخلاف[2].

قال الرافعي: والجمهور على أنه لا فرق بين اللفظين، فلو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، إن دخلت الدار فأنت طالق، إن دخلت الدار فأنت طالق، فإن قصد الاستئناف أو التأكيد حمل على ما نواه، وإن أطلق، قال البغوي: فيه قولان، يعني إذا دخلت بناءً على ما لو حنث في أيمان بفعل واحد هل تتعدد الكفارة؟[3]

وقال المتولي: يحمل على التأكيد إذا لم يقع فصل واتحد المجلس، فإن اختلف فيحمل على التأكيد أو الاستئناف؟ فيه وجهان، وإن حمل على التأكيد فيقع عند الدخول طلقة أم يتعدد؟ وجهان بناء على تعدد الكفارة بمثله[4]، والله أعلم.

قاعدة

في أن النهي عن الشيء هل يقتضي فساده، وهي قاعدة مهمة كثيرة الجدوى، وقد أفردتها بمصنف مستقل[5]، وللعلماء فيها خلاف كبير[6]، وقاعدة مذهب الشافعي

---

(١) الروضة ٨/ ٧٨.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الروضة ٨/ ٨٠.

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصنف هو: «تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد» وقد حققه الدكتور إبراهيم محمد السلقيني جامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م كجزء من متطلبات شهادة الدكتوراه ونشرته مطبعة زيد بن ثابت ـ دمشق سنة ١٩٧٥م.

(٦) اختلف العلماء في أن النهي هل يقتضي الفساد أم لا؟
أ- ذهب بعض الشافعية ومالك وأبو حنيفة والحنابلة وجميع أهل الظاهر وجماعة المتكلمين إلى فسادها.
ب- وذهب جماعة من الشافعية كإمام الحرمين والغزالي وكثير من الحنفية وعامة المتكلمين إلى عدم الفساد.
=

رضي الله عنه: أن النهي عن الشيء إن كان لعينه أو لوصفه اللازم له اقتضى الفساد، وإن كان لأمر خارج عنه ينفك عنه في بعض موارده لم يقتض فساداً، سواء كان ذلك في العبادات أو في العقود أو الإيقاعات.

فالأول: كالصلاة بغير وضوء أو إلى غير القبلة، وبيع الميتة والخمر والخنزير ونكاح المحارم وما أشبه ذلك.

والثاني[1]: كصوم يوم العيد وبيع الملامسة[2] والمنابذة[3] والحصاة[4] والطير في الهواء، والسمك في اللجة[5] ونكاح المتعة ونكاح الشغار[6] وعقود الربويات ونحو ذلك.

وأما الثالث[7]: فكالصلاة في الدار المغصوبة، والوضوء بالماء المغصوب، والتيمم بتراب مغصوب، والذبح بسكين مغصوبة، والمسح على الخف المغصوب، والصلاة في الأماكن المنهي عنها والبيع في وقت النداء لصلاة الجمعة، والبيع على بيع

= ج- وذهب جماعة إلى أن النهي يقتضي الفساد في العبادات دون المعاملات، وإليه ذهب الرازي وأبو الحسين البصري.

انظر تفاصيل الموضوع في إحكام الفصول في أحكام الأصول ص ١٢٦، والمستصفى ٢/ ٢٥، والمحصول ١/ ق٢/ ٤٨٦، والإحكام للآمدي ٢/ ٢٧٦، وتيسير التحرير ١/ ٣٧٦، وإرشاد الفحول ١١٠.

(١) أي ما كان النهي عنه لوصفه اللازم له.

(٢) بيع الملامسة: أن يتفق المتعاقدان على تسليم ما تلمسه يده بمبلغ كذا. الروضة ٣/ ٣٩٦، ومعجم لغة الفقهاء ٤٥٨.

(٣) بيع المنابذة: أن يشتري الثوب دون تعيين ثم يأخذ الثوب الذي ينبذه إليه البائع. الروضة ٣/ ٣٩٦، ومعجم لغة الفقهاء ٤٦١.

(٤) بيع الحصاة: فيه ثلاثة تأويلات:

١- أن يقول بعتك من هذه الأثواب ما وقعت عليه الحصاة التي أرميها.

٢- أن يجعل نفس الرمي بيعاً.

٣- أن يقول بعتك على أنك بالخيار إلى أن أرمي الحصاة. الروضة ٣/ ٣٩٦، ومعجم لغة الفقهاء ١١٣.

(٥) اللجة: الماء الكثير الذي لا يرى طرفاه، يقال: لجة الماء أي معظمه ولجة البحر حيث لا يدرك قعره. لسان العرب ٣/ ٣٤٣.

(٦) نكاح الشغار: أن يزوج الرجل ابنته من رجل على أن يزوجه وليته وكلتاهما بغير مهر، وهو من أنكحة الجاهلية التي أبطلها الإسلام. الروضة ٧/ ٤٠، ومعجم لغة الفقهاء ٢٦٣.

(٧) أي ما كان النهي عنه لأمر خارجي أو لوصفه غير الملازم.

أخيه، وبيع الحاضر للبادي[1]، وتلقي الركبان[2]، وطلاق الحائض أو في طهر جامعها فيه، إلى غير ذلك من الصور الكثيرة.

فإذا ورد نهي عن الشيء نظر فيه، إن كان لذات ذاك الشيء أو لوصفه اللازم كبيع النقدين متفاضلاً فهو للفساد، وإن كان لمعنى خارج عنه، كالبيع وقت النداء فإنه لما يلزم عنه من تفويت صلاة الجمعة، وطلاق الحائض لما فيه من تطويل العدة، والبيع على بيع الغير لما فيه من الإضرار به، وأشباه ذلك، كان النهي غير مقتض للفساد إلا أن يجيء لسبب آخر، كالتفريق بين الوالدة وولدها في البيع حيث لا يجوز[3]، فإن ذلك للإضرار به وبأمه،ومقتضاه أنه لا يفسد العقد، لكن قالوا بالبطلان، لأن تسليم المبيع فيه منهي عنه محرم، والمعجوز عنه شرعاً كالمعجوز حساً، ومن شروط المبيع أن يكون مقدوراً على تسليمه. فبطل البيع فيه لهذا المعنى لا للنهي عنه، وهذا على القول الأصح.

ومنها: بيع السلاح من أهل الحرب، وإن كان النهي عنه لأمر خارجي فالأصح فيه البطلان لأن التسليم ممنوع حذراً من قتالنا، وكذلك هبة المحتاج إلى الماء في وضوئه، ماءه لغير محتاج إليه للعطش، وفيه وجهان أيضاً والأصح المنع لتعذر التسليم[4].

ومنها: حيث مُنِع الحاكم من قبول الهدية فالعقد لا خلل فيه، ولكن تسليم المال إليه ممنوع منه، فهل يصح ويملك؟ فيه وجهان، والأصح المنع[5].

وقد ذكر المالكية فرعاً حسناً لم أره في كتب أصحابنا، وهو ما إذا لبس المحرم الخف متعدياً به ثم توضأ ومسح عليه، قالوا: لا تصح طهارته[6]، وفرقوا بينه وبين

---

(١) أي يقول الحضري للبدوي اترك سلعتك عندي لأبيعها لك بسعر أعلى. الحاوي ٦/ ٢٢٦، ومعجم لغة الفقهاء ١١٣.

(٢) تلقي الركبان: استقبال أهل البادية ونحوهم وشراء ما يحملونه من متاع قبل وصولهم البلد. الحاوي ٦/ ٤٢٨، ومعجم لغة الفقهاء ١٤٥.

(٣) روي عن أبي أيوب قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» أخرجه الترمذي في سننه ٣/ ٥٨ وقال: حديث حسن غريب.

(٤) المجموع ٢/ ٣٠٨، والروضة ١/ ٩٨، ونهاية المحتاج ١/ ٢٥٨.

(٥) الروضة ١١/ ١٤٣، ونهاية المحتاج ٨/ ٢٤٢.

(٦) أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ١/ ٥٩، ومنع المالكية الرجل المحرم من لبس الخف، لأنهم يشترطون في الخف أن يكون مخروزاً أي مخيطاً، ولا يجوز للرجل المحرم أن يلبس المخيط إلا للضرورة، أما المرأة فيجوز لها أن تلبس الخف لأنها غير ممنوعة من لبس المخيط. =

الماسح على الخف المغصوب بأن هذا مخير بين الغسل والمسح على الخف في الجملة، غاية الأمر أنه تعدى بلبس الخف المغصوب ومسح عليه، فكان النهي في المجاور إذ ليس مقصوراً على ذات المسح ولا ما يلزمه، بل هو منهي عن استعمال هذا الخف مطلقاً، فهو كالصلاة في الدار المغصوبة، وأما المحرم فإنه لم يؤمر حالة الإحرام إلا بغسل الرجل فقط، ولم يخير بينه وبين المسح أصلاً في هذه الحالة، فإذا مسح عليه لم يأت بالمأمور به، فلم تصح طهارته، وهو فرق حسن ظاهر وبحث صحيح ولا يبعد أن يجيء على قواعد أصحابنا.

ومما ينبني على أن النهي عن الشيء لوصفه اللازم يقتضي الفساد، أن العاصي بسفره لا يجوز له الترخص بشيء من رخص السفر كقاطع الطريق والعبد الابق ونحوه، لأن السفر محرم عليه لوصفه الذي أنشأه لأجله، ففي إباحة الترخص له بشيء من رخص السفر إعانة له على المعصية وذاك لا يجوز، وقد ذكروا في تناوله الميتة عند الاضطرار وجهين، من جهة أن ذلك لا يختص بالسفر بل يجوز في الحضر أيضاً، والأصح أنه لا يجوز له ذلك، لأنه قادر على استباحته بأن يتوب الآن ويغير قصده فيجوز له الجميع[1].

وعلى هذا يتخرج أن الزنى لا يثبت حرمة المصاهرة، وأن التصرف في المغصوب لا يقتضي تملكاً بالقيمة.

وقد اعترض على المذهب باتفاقهم على أن من ذبح شاة غيره عدواناً يحل أكلها في الجملة، ولا يكون كذكاة المجوس، مع أن هذا منهي عنه لوصفه اللازم وهو كونها ملك الغير.

وجوابه أن المعتبر في حل الذبيحة كون المذكي من أهل الذكاة، وكذلك الآلة التي يذبح بها، وأما التعدي بذلك فهو أمر خارج عن الحقيقة ولا تعلق له بحل الذكاة، فلو قال الشافعي بدخولها في ملك الذابح بذلك مع ضمانها بالقيمة كما تقول الحنفية، كان قد رتب على النهي القول بالصحة، لأن هذا هو المرتب على الفعل المنهي عنه في هذا الموضع، وأما الحل والتحريم فأمر آخر غير مختص بهذه الصورة بخلاف ذكاة المجوسي والوثني والذكاة بالسن والظفر، فإن النهي لما ورد في هذه الصورة راجعاً إلى الوصف اللازم، قال الشافعي رحمه الله بفساد الذكاة وعدم الحل طرداً لأصله.

= المصدر السابق.

(١) الروضة ١/٣٨٨.

فوائد

تتعلق بهذه القاعدة

الأولى: لا ريب في أن الفساد إنما يظهر إذا كان النهي للتحريم لما بين الصحة والتحريم من التضاد، وأما نهي الكراهة فالذي صرح به جماعة: أنه لا خلاف فيه، إذ لا تضاد بين الاعتداد بالشيء مع كونه مكروهاً، وعلى هذا بنى أصحابنا صحة الصلاة في الدار المغصوبة والحمام وأعطان الإبل والمقبرة ونحو ذلك مع القول بكراهتها[(١)].

وصرح الغزالي في المستصفى بأن ذلك جار أيضاً في نهي الكراهة، قال كما يتضاد الحرام والواجب، فيتضاد المكروه والواجب حتى لا يكون الشيء واجباً مكروهاً[(٢)]، وتبعه على ذلك الشيخ أبو عمرو بن الصلاح، فإنه ذكر الوجهين فيما إذا تحرم بالصلاة غير ذات السبب في أحد الأوقات الخمسة[(٣)]، ثم قال مأخذ الوجهين أن النهي هل يعود إلى نفس الصلاة أم إلى خارج عنها؟[(٤)]

وقال لا يتخرج هذا على أن النهي للتحريم أو للتنزيه لأن نهي التنزيه أيضاً يضاد الصحة إذا رجع إلى نفس الصلاة، لأنها لو صحت لكانت عبادة مأموراً بها والأمر والنهي الراجعان إلى نفس الشيء يتناقضان، فتحصلنا على قولين في نهي الكراهة الراجع إلى ذات المنهي عنه أو وصفه اللازم، لكن ذلك في العبادات المتصفة بالوجوب، وأما في العقود والإيقاعات فلا تضاد بين الكراهة والصحة كما بين الوجوب والكراهة، لأن صحة العقود والإيقاعات لا تستدعي رجحان الطلب بخلاف الوجوب وذلك ظاهر.

الثانية: إذا قلنا بأن النهي المقتضي للفساد هو نهي التحريم دون نهي الكراهة، والنهي المطلق حقيقته التحريم فذاك إنما هو في صيغة لا تفعل، كما أن الأمر الذي هو حقيقة في الوجوب فقط هو صيغة افعل على القول الصحيح الذي اختاره المحققون[(٥)].

---

(١) المجموع ١/ ١٥٧ وما بعدها، والمستصفى ١/ ٧٩، وأعطان الإبل: جمع عَطَنٍ وهو مَبْرَك الإبل عند الماء.

(٢) المستصفى ١/ ٧٩.

(٣) هي: ١- بعد صلاة الصبح حتى تطلع الشمس
٢- عند طلوع الشمس حتى ترتفع قدر رمح
٣- عند استواء الشمس حتى تزول.
٤- بعد صلاة العصر حتى تغرب الشمس.
٥- عند الاصفرار حتى تغرب.

(٤) المجموع ٤/ ١٨١.

(٥) جمع الجوامع بحاشية البناني ١/ ٣٩٣.

فأما قول الصحابي أمر النبي ﷺ بكذا من غير حكاية صيغة فإنه على هذا القول مشترك بين الوجوب والندب، فكذلك قولهم نهى عن كذا يكون مشتركاً بين التحريم والكراهة، فلا يقتضي هذا اللفظ فساد المنهي عنه إلا إذا قيل بأن نهي التنزيه يقتضي الفساد كما قال الغزالي وابن الصلاح.

وقد صرح جماعة من الأصحاب بأن الوجهين في صحة التحريم بالصلاة في الأوقات الخمسة مبنيان على أن النهي في الحديث هل هو للتحريم أو للكراهة[1]، وعلى هذا فاستدلال من استدل من الأصحاب[2] لبطلان بيع الغائب ونحوه[3]، بحديث أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر[4]، وهذا من الغرر المنهي عنه، فيه ضعف، لأن مثل هذه الصيغة مشتركة بين التحريم والكراهة كما قاله المحققون.

والنهي المقتضي للفساد إنما هو نهي التحريم، لا سيما في العقود، فإن ظاهر كلام الغزالي وابن الصلاح تخصيص ذلك بالعبادات الواجبة فلا يكون قوله نهى عن بيع الغرر مقتضياً للفساد في كل ما يتصف به أنه غرر، إلا أن يرد نهي خاص فيه بصيغة لا تفعل.

الثالثة: مما يبين أن المنهي عنه لوصفه الخارج لا يقتضي الفساد، إثبات النبي ﷺ فيه الخيار، كما في حديث[5] المصراة[6] وقوله ﷺ: «لا تلقوا الركبان فمن اشترى منه شيئاً فصاحبه إذا ورد السوق بالخيار»[7]، إذ لو كان مثل هذا يقتضي الفساد لما كان

---

(١) قال بالكراهة جماعة منهم البندنيجي، وقال بالتحريم ـ وهو الأصح ـ الماوردي وصاحب الذخائر. المجموع ٤/ ١٨٠.

(٢) كالماوردي. الحاوي ٦/ ١٩.

(٣) كبيع الملامسة والمنابذة.

(٤) سنن ابن ماجه ٢/ ٧٣٩، وسنن أبي داود ٣/ ٢٥٢، وسنن الترمذي ٣/ ٥٣٢ وقال: حديث حسن صحيح.

(٥) الحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه يقول: قال رسول الله ﷺ: «من اشترى غنماً مصراة فاحتلبها فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر». صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٤/ ٣٦٨، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٠/ ١٦٥.

(٦) التصرية: حبس اللبن في الضرع ليظن المشتري أنها كثيرة اللبن. الروضة ٣/ ٤٦٦.

(٧) لم أجد هذا النص في كتب الصحاح، لكن ورد في صحيح مسلم قريب من هذا فعن ابن سيرين قال: سمعت أبا هريرة يقول: إن رسول الله ﷺ قال: «لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار». صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/ ١٦٤، وسنن أبي داود ٣/ ٢٦٧، والترمذي ٣/ ٥٢٤، والنسائي ٧/ ٢٥٧. وهناك أحاديث أخرى تنهى عن التلقي وردت في صحيح البخاري وبقية الصحاح. انظر صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٤/ ٣٧٣ والمصادر السابقة، والجَلَبُ: الذين يجلبون الإبل وغيرها للتجارة جمع: أجلاب.

حاجة إلى ثبوت الخيار فيه، لاستدراك ما حصل للبائع أو للمشتري من الضرر الناشئ عن التغرير، والتغرير تارة يكون بالقول وتارة بالفعل، وتختلف آثاره المترتبة عليه بحسب قوته وضعفه وبيانه بصور:

منها: تلقي الركبان مثبت للخيار قطعاً لهذا الخبر، وهو ثابت حيث يتلقاهم فيشتري بأرخص من سعر البلد، سواء أخبر بالنقص من سعر البلد أو لم يخبر، فلو اشترى بمثل سعر البلد أو أكثر فوجهان:

الأصح: أنه لا يثبت لتخلف الحكمة[1].

والثاني: يثبت لمطلق التلقي وهو الوصف[2].

وكذلك لو ابتدأ القادمون فالتمسوا منه الشراء وهم عالمون بسعر البلد أو غير عالمين، فيه الوجهان.

ولو لم يقصد التلقي، بل خرج لشغل آخر فصدفهم واشترى منهم فوجهان[3]:

أحدهما: لا يعصي، لعدم التلقي.

وأصحهما: يعصي، لشمول المعنى، وعلى هذا لهم الخيار كما تقدم، وعلى الأول لا خيار لهم وإن كانوا مغبونين على الأصح.

وقيل: إن أخبرهم بالسعر كاذباً فلهم الخيار.

ولو تلقى الركبان وباع منهم ما يقصدون شراءه من البلد، فهل هو كالتلقي للشراء؟ وجهان[4]، ووجه الثبوت النظر إلى الحكمة المشروع لها الخيار.

ومنها: النَّجْش[5] إذا كان على مواطأة من البائع، ففي ثبوت الخيار للمشتري وجهان، والأصح أنه لا خيار له، فإن لم يكن عن مواطأة فلا خيار قطعاً[6].

ومنها: التصرية وهي مثبتة للخيار قطعاً في النعم للحديث الصحيح وفي غير النعم

---

(١) ب: الحكم، وإلى هذا الرأي ذهب الرافعي. الروضة ٣/ ٤١٣.

(٢) وإليه ذهب الشافعي. الأم ٣/ ٩٣.

(٣) الروضة ٣/ ٤١٣.

(٤) ذهب الرافعي إلى أن لا خيار لهم. الروضة ٣/ ٤١٤.

(٥) النجش: أن يزيد في ثمن السلعة ولا يريد شراءها ولكن ليغرر بغيره ويزيد. الروضة ٣/ ٤١٤، ومعجم لغة الفقهاء ٤٧٥.

(٦) الروضة ٣/ ٤١٤.

من الحيوان المأكول، وجه أنه لا يثبت فيه خيار، وفي الأتان[1] والجارية وجهان.

أصحهما: ثبوته فيهما أيضاً، لوجود المعنى في ذلك بسبب نمو الطفل والجحش، ثم هذا الخيار سببه التغرير أو الغرور؟ فيه وجهان، رجح الغزالي الأول والبغوي الثاني، وعليه ينبني ما لو تحفلت[2] الناقة بنفسها أو ترك المالك الحِلاب لشغل عرض له.

ولو اشترى عالماً بالتصرية ففي ثبوت الخيار وجهان، والأصح ليس له خيار، لانتفاء المعنى المشروع له ذلك.

ومنها: لو حبس ماء القناة أو الرحى ثم أرسله عند البيع أو الإجارة فظن المشتري أو المستأجر كثرته ثبت له الخيار. وكذلك لو حمر وجه الجارية أو سود شعرها أو جعده أو أرسل الزُّنبور على وجهها فظنها المشتري سمينة ثم بان خلافه فله الخيار، لوجود المعنى الذي في التصرية.

أما إذا لطخ ثوب العبد بالمداد أو ألبسه ثياب الكتاب أو الخبازين وظن كونه كاتباً أو خبازاً أو أكثر علف البهيمة حتى انتفخت بطنها فظنها المشتري حاملاً أو أرسل الزنبور على ضرعها فانتفخ فظنها لبوناً ففي ذلك كله وجهان.

والأصح: أنه لا خيار له، لأنه تغرير ضعيف، والتقصير من المشتري في عدم الاستكشاف.

ومنها: إذا قلنا: إن كفارة الجماع في رمضان تلاقي الزوجة ويتحمل الزوج عنها، فلو قدم المسافر مفطراً فأخبرته أنها مفطرة فوطئها وكانت صائمة، قال العراقيون[3]: تجب عليها الكفارة، لأنها غرته وهو معذور، ونفى ابن الرفعة الخلاف في ذلك، وقال الرافعي: يشبه أن يكون هذا جواباً على قولنا: إن المجنون لا يتحمل، وإلا فليس العذر هنا أوضح من العذر في الجنون[4].

قلت: الأصح في المجنون أنه لا يتحمل، لأنه ليس أهلاً لذلك وعلى الوجه الآخر يمكن الفرق بينه وبين مسألة المسافر بالتغرير لأنها ورطته في ذلك.

ومنها: إذا غصب طعاماً فقدمه إلى ضيف فأكله جاهلاً بالحال، فالصحيح المشهور

---

(١) الأتان: أنثى الحمار، وقال الأصطخري: بطهارة لبنها. المجموع ١٢/ ٨٩، ومغني المحتاج ٢/ ٦٤.

(٢) تحفلت الناقة: أي اجتمع اللبن في ضرعها. لسان العرب ١/ ٦٧٥.

(٣) فتح العزيز ٦/ ٤٤٥.

(٤) فتح العزيز ٦/ ٤٤٥.

في الجديد أن القرار على الآكل لأنه المتلف، فإذا غرم لم يرجع على الغاصب، وعلى القول الآخر قرار الضمان على الغاصب لما في تقديمه من التغرير، فإذا ضمنه الآكل رجع على الغاصب، فلو قال له: هذا ملكي فأكله الضيف، فإن ضمن الآكل ففي رجوعه على الغاصب القولان[1]، ولعل الرجوع هنا أولى لقوة التغرير، وإن ضمن الغاصب فالمذهب أنه لا يرجع على الآكل.

وقال المزني: يرجع لأنه المتلف[2]، وغلطه الأصحاب، لأن الغاصب معترف بأنه مظلوم بما غرم فلا يرجع على غير ظالمه.

ولو قدمه إلى مالكه فأكله جاهلاً بالحال، فإن قلنا في التقديم للأجنبي القرار على الغاصب، لم يبرأ من الضمان، وعلى القول الأصح يبرأ، ومن العراقيين من رجح الأول هنا.

ورأى الإمام أن القول هنا بالبراءة أولى، ونقل ذلك عن الأصحاب، لأن تصرف المالك في ضمن إتلافه يقطع علاقة الضمان عن الغاصب[3].

ومنها: لو قال الغاصب لمالك المغصوب: أعتقه، فأعتقه جاهلاً، نفذ العتق على الأصح[4] كما تقدم، ولو قال: اعتقه عني، فأعتقه جاهلاً، ففي نفوذ العتق وجهان.

فإن نفذ ففي وقوعه عن الغاصب وجهان، صحح في التتمة المنع، ولو قال المالك للغاصب أعتقه عن أو مطلقاً، فأعتقه، عتق وبرىء الغاصب[5].

ومنها: التغرير في النكاح، إذا غر بحرية الزوجة أو إسلامها أو غرت الزوجة بحرية الزوج باشتراط ذلك في العقد، فالأصح صحة النكاح، وهما مطردان عند الجمهور في كل وصف شرط فبان خلافه، سواء كان صفة كمال، كالنسب والشباب واليسار، أو صفة نقص، أو لا يقتضي واحداً منها[6]، وفي شرح مختصر الجويني[7]: أن ذلك

---

(١) الروضة ٥/ ١٠.

(٢) مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢١٧، وفتح العزيز ١١/ ٢٥٤.

(٣) فتح العزيز ١١/ ٢٥٥.

(٤) لأن العتق لا يبطل بالجهل. الروضة ٥/ ١٢.

(٥) فتح العزيز ١١/ ٢٥٦.

(٦) الروضة ٧/ ١٨٤.

(٧) مختصر الجويني في فروع الشافعية لأبي محمد عبدالله بن يوسف الجويني الشافعي المتوفى سنة ٤٣٨هـ، شرحه أبو الفتح البستي المتوفى سنة ٤٠١هـ، وأبو خلف عوض بن أحمد الشرواني سماه المعتبر في تعليل المختصر أورد فيه اعتراضات وكلاماً عليه، وتوفي بعد سنة ٥٠٠هـ. =

مختص باشتراط ما يؤثر في الكفارة فإن قلنا بالأصح قد أطلق الغزالي في ثبوت الخيار: قولين، وفصل الجمهور فقالوا: إن شرط نسباً في الزوج فأخلف وظهر دون نسب فلها الخيار، وكذا لأوليائها، وإن كان ذلك في نسب الزوجة فطريقان:

أظهرهما: أن له الخيار.

والثاني: المنع.

وإن شرط حريته فبان عبداً وهي حرة، فلها الخيار قطعاً، وإن كانت أمة فوجهان، وكذلك إذا شرطت حرية الزوجة فبانت أمة والزوج حر على المذهب، وإن كان عبداً فلا خيار على المذهب أيضاً[1].

وإن كان المشروط صفة أخرى، فإن شرطت في الزوج فبان دون ذلك فلها الخيار، وإن شرطت بها ففي ثبوت الخيار قولان[2].

والأظهر ثبوته له، ووجه القول الآخر، كونه متمكناً من الطلاق، والله أعلم.

فصل

في سرد صيغ العموم الشاملة لما يندرج تحتها وهي: كل، وجميع وما يتصرف منها: كاجمع، وجمعاء، وأجمعين، وتوابعها المؤكدة، كالكتع وأخواتها[3]، وسائر، سواء كانت بمعنى الباقي أو بمعنى الجميع، لأنها على الأول تشمل جميع الباقي حتى لا يبقى منه شيء، ومعشر، وجمعه وهو معاشر، وعامة، وكافة، وقاطبة، وهذه الألفاظ الخمسة الأخيرة قل من تعرض لها من الأصوليين ولا ريب في أنها للعموم، ومن، وما، إذا كانتا شرطيتين بالاتفاق، كذلك في الاستفهام بهما عند الجمهور، وفي كونهما موصولتين خلاف[4]، والأصح أنهما يفيدان العموم أيضاً.

= كشف الظنون ٢/ ١٦٢٦.

(١) الروضة ٧/ ١٨٤.

(٢) الروضة ٧/ ١٨٥.

(٣) وهي: أبتع وأبصع. شرح الكافية في النحو ١/ ٣٣٤.

(٤) فقد ذهب الأسنوي إلى أنها لو كانت موصولة لا تعم، وقال صاحب التلخيص: إن الموصولة تعم. نهاية السول ٢/ ٣٢٤.

وزاد القرافي: أن «ما» الحرفية إذا كانت زمانية أفادت العموم كقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَآئِمًا﴾ [آل عمران: ٧٥] قال: وكذلك المصدرية إذا وصلت بفعل مستقبل، نحو يعجبني ما تصنع، وأي إذا كانت شرطية أو استفهامية أو موصولة كذلك أيضاً، وكذلك إذا اتصلت بها ما مثل: أيما إهاب دبغ فقد طهر ومتى، وحيث، وأين، وكيف، وإذا الشرطية، وكذلك إذا اتصلت بواحد منها ما، ومهما، وأنى، وأيان، وإذما، على أحد القولين في أنها اسم على ما كانت عليه قبل ما، وهو اختيار المبرد[١] وعند سيبويه وغيره أنها حرف[٢]، فعلى هذا أنها ليست من صيغ العموم، وكم إذا كانت للاستفهام، والجموع المعرفة بلام الجنس، وأسماء الجموع كذلك أيضاً، كالناس، والقوم، والرهط، وما أشبه ذلك، وكذلك الجموع وأسماء الجمع المضافة أيضاً، واختلفوا في الجمع المنكر والأصح أنه ليس بعام[٣]، واسم الجنس المحلى بالتعريف الجنسي والمضاف على الصحيح، وفخر الدين يخالف فيه[٤]، والأسماء الموصولة غير ما تقدم وهي: الذي والتي إذا كان تعريفهما بالجنس وتثنيتهما وجموعهما على اختلاف لغاتهما، وذو الطائية وجمعها على قولهم، وأسماء الإشارة المجموعة، مثل قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَآئِزُونَ﴾ [التوبة: ٢٠ والنور: ٥٣]. ﴿ثُمَّ أَنتُمْ هَٰٓؤُلَآءِ تَقْتُلُونَ أَنفُسَكُمْ﴾ [البقرة: ٨٥]. وقل من ذكرهما، والعموم فيهما ظاهر[٥].

والنكرة في النفي مثل: لا رجل في الدار، وهي من أقوى الصيغ، وكذلك إذا لم تبن مع لا بل كانت في سياق النفي أو النهي مثل قوله تعالى: ﴿لَا يُغَادِرُ صَغِيرَةً وَلَا كَبِيرَةً إِلَّآ أَحْصَىٰهَا﴾ [الكهف: ٤٩] وقوله: ﴿وَلَا تَدْعُ مَعَ ٱللَّهِ إِلَٰهًا ءَاخَرَ﴾ [القصص: ٨٨] وكذلك الواقعة في سياق الشرط مثل قوله تعالى: ﴿إِنِ ٱمْرُؤٌا هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٧٦] لأن الشرط مثل النفي، ولذلك وقع في الجملة الشرطية أحد التي لا تقع إلا في سياق النفي كقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ﴾ [التوبة: ٦] وهذا مما أغفله غالب الأصوليين ونص عليه إمام الحرمين في البرهان[٦] وشراح كلامه.

قال القرافي: وينبغي أن يلحق به أيضاً إذا وقعت النكرة في سياق الاستفهام الذي هو

---

(١) وكذلك قال باسميتها ابن السراج والفارسي. مغني اللبيب ١/ ٧٩.

(٢) المصدر السابق.

(٣) وإليه ذهب السبكي. جمع الجوامع بحاشية البناني ١/ ٤١٨. أما الآمدي فقد رجح كونه للعموم. الإحكام للآمدي ٢/ ٣٠٢.

(٤) المحصول ١/ ق٢/ ٥٩٩.

(٥) إرشاد الفحول ١٢١.

(٦) البرهان ١/ ٣٣٨.

الإنكار مثل قوله تعالى: ﴿هَلْ تَعْلَمُ لَهُ سَمِيًّا﴾ [مريم: ٦٥]. ﴿هَلْ تُحِسُّ مِنْهُم مِّنْ أَحَدٍ﴾ [مريم: ٩٨] وهو ظاهر.

وأما الفعل الواقع في سياق النفي أو الشرط فإن كان قاصراً فهل يتضمن ذلك المصدر فيكون نفياً لمصدره ويعم؟ حكى القرافي عن المالكية والشافعية: أنه يعم، وأن القاضي عبد الوهاب حكاه في الإفادة عنهم، ومقتضى كلام الغزالي أنه لا يعم[(١)] وإن كان متعدياً مثل: لا آكل ولا أضرب، فمذهب الشافعي وأصحابه أنه يعم جميع مفعولاته[(٢)]، حتى لو نوى به مأكولا معيناً دون غيره تخصص بنيته كما في غيره من العمومات، وكذلك في سياق الشرط أو استفهام الإنكار كما تقدم في النكرة.

فهذه ألفاظ العموم التي يظهر شمولها للأفراد الداخلة تحتها، وقد بسطت الكلام بسطاً شافياً في كتاب مفرد[(٣)] لذلك مع ما قيل فيه بأنه للعموم وليس كذلك.

ومنها: ألفاظ يقوى كونها للعموم في بعض المواضع مثل أبداً، ودائماً، ومستمراً، وسرمداً، ودهر الداهرين، وعَوْضُ، وقطّ في النفي، ومثل صمت شهراً وقمت سنة على رأي بعضهم، وأسماء القبائل التي أصلها أشخاص معينون، كربيعة، ومضر، والأوس، والخزرج، أو لماء معين كغسان، فإن كل لفظ من هذه وأشباهها يشمل كل من كان من تلك القبيلة وهو أيضاً مما أغفله غالب الأصوليين، فأما مثل بني تميم ونحو ذلك فالعموم جاء من كونه جمعاً مضافاً بخلاف الأسماء المتقدمة، فإنها ليست كذلك، وقد تقدم أن مذهب الشافعي رضي الله عنه، حمل المشترك اللفظي إذا تجرد عن قرائنه على جميع معانيه، فهو عنده أيضاً من صيغ العموم.

وقال الشافعي رحمه الله أيضاً: ترك الاستفصال في قضايا الأحوال مع قيام الاحتمال تنزل منزلة العموم في المقال[(٤)]، ومثَّل ذلك الإمام بقضية غيلان بن سلمة[(٥)] لما أسلم على عشر نسوة، فأمره النبي ﷺ أن يختار منهن أربعاً[(٦)]، فإن الشافعي رحمه الله تعالى

---

(١) المستصفى ٢/ ٦٢-٦٣.

(٢) إرشاد الفحول ١٢٢.

(٣) الكتاب هو: تلقيح الفهوم من تنقيح صيغ العموم، حققه الدكتور عبد إسحاق آل الشيخ جامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون ١٩٧٤ وهو رسالة دكتوراه.

(٤) البرهان ١/ ٣٤٦، والمستصفى ٢/ ٦٨.

(٥) غيلان بن سلمة بن معتب الثقفي، كان أحد وجوه ثقيف أسلم بعد فتح مكة، وكان شاعراً وحكيماً شريفاً، مات في آخر خلافة عمر رضي الله عنه. الإصابة ٣/ ١٨٩-١٩٢.

(٦) الحديث عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: أسلم غيلان بن سلمة وتحته عشر نسوة، فقال له النبي ﷺ «خذ منهن أربعاً». سنن ابن ماجه ١/ ٦٢٨، وسنن الترمذي ٣/ ٤٥٣ وقال أبو عيسى =

استدل به على أنه لا فرق بين أن يكون وقع العقد عليهن دفعة أو مرتباً، وأنه في حال الترتيب لا يتعين إمساك الأوائل بل يختار من الجميع، لأن النبي ﷺ لم يسأل غيلان عن كيفية عقده عليهن، فلما لم يستفصله وحكم باختيار الأربع دل ذلك على أنه لا فرق بين الحالتين، إذ لو كان الحكم خاصاً بأحدهما كان فيه تأخير البيان عن وقت الحاجة[١].

واعترض عليه الإمام[٢] وغيره[٣]: بأنه يحتمل أن يكون النبي ﷺ علم أن عقده عليهن كان دفعة.

وقد نص الشافعي رضي الله عنه أيضاً على أن وقائع الأعيان إذا تطرق إليها الاحتمال كساها ثوب الإجمال، وسقط بها الاستدلال، يعني في العموم[٤].

وأشكل الفرق بين هذين القولين على جماعة، حتى توهم بعضهم أن له قولين في المسألة، وجمع بعضهم بينهما بما لا طائل تحته[٥]، فأما الاعتراض الأول فقال الإمام أبو المظفر بن السمعاني احتمال معرفة النبي ﷺ بكيفية العقد بين غيلان وزوجاته وهو رجل من ثقيف بعيد جداً، ونحن إنما ندعي العموم في كل ما يظهر فيه استبهام الحال، ويظهر من الشارع إطلاقه الجواب، فلا بد وأن يكون الجواب مسترسلاً على الأحوال كلها، وقسم الأنباري شارح البرهان هذا على أقسام:

أحدها: أن يتبين اطلاع النبي ﷺ على خصوص الواقعة، فلا ريب في أن حكمه لا يقتضي العموم في كل الأحوال.

وثانيها: أن يثبت بطريق، ما استبهام كيفيتها، وهي تنقسم إلى حالات يختلف بسببها الحكم، فينزل إطلاق الجواب عنها منزلة اللفظ الذي يعم تلك الأحوال كلها، وفي كلامه ما يقتضي نفي الخلاف في هذه الصورة.

وثالثها: أن يسأل عن الواقعة باعتبار دخولها في الوجود لا باعتبار أنها وقعت، فهذا أيضاً يقتضي حكم الاسترسال على جميع الأقسام التي تنقسم عليها، إذ لو كان الحكم

= سمعت محمد بن إسماعيل يقول: هذا حديث غير محفوظ، والصحيح ما روى شعيب عن أبي حمزة وغيره عن الزهري وحمزة قال: حدثت عن محمد بن سويد الثقفي (أن غيلان بن سلمة أسلم وعنده عشر نسوة). وأخرج الحديث الإمام الشافعي في الأم ٥/ ٥٣.

(١) الأم ٥/ ٥٣.

(٢) البرهان ١/ ٣٤٧.

(٣) كالرازي. المحصول ١/ ق٢/ ٦٣٣.

(٤) شرح تنقيح الفصول ١٨٦-١٨٧.

(٥) المصدر السابق ١٨٧، ونهاية السول ٢/ ٣٦٧-٣٧١.

خاصاً ببعضها لاستفصل، كما فعل النبي ﷺ لما سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: أينقص الرطب إذا يبس؟ قالوا: نعم، قال: فلا إِذَنْ[1].

ورابعها: أن تكون الواقعة المسؤول عنها قد وقعت في الوجود، والسؤال عنها مطلق، فيجب أيضاً كذلك، فالالتفات إلى القيد الوجودي يمنع القضاء على الأحوال كلها، والالتفات إلى إطلاق السؤال وإرسال الحكم من غير تفصيل يقتضي استواء الأحوال في غرض المجيب، فالتفت الشافعي رحمه الله إلى هذا الوجه، وهو أقرب إلى مقصود الإرشاد وإزالة الإشكال، وهذا تحقيق حسن بالغ، فإذا انضم إلى حديث غيلان المتقدم، بقية الأحاديث الواردة في مثله لجماعة، منهم قيس بن الحارث[2] وعروة بن مسعود الثقفي[3] ونوفل بن معاوية[4] وكل منهم أسلم على أكثر من أربع نسوة، وأمره النبي ﷺ أن يختار منهن أربعاً، تبين أن احتمال اطلاع النبي ﷺ على كيفية العقد عليهن لا أثر له، وأن الجواب ورد مسترسلاً على كل الأحوال.

وأما الفرق بين ترك الاستفصال وقضايا الأحوال، فقد قيل فيه وجوه[5] ليس هذا موضع ذكرها والاعتراض عليها.

والفرق الصحيح بينهما: أن ترك الاستفصال هو ما كان فيه لفظ حكم من النبي ﷺ بعد سؤال عن قضية يحتمل وقوعها على وجوه متعددة، فيرسل الحكم من غير استفصال عن كيفية تلك القضية كيف وقعت، فإن جوابه يكون شاملاً لتلك الوجوه، إذ لو كان مختصاً ببعضها والحكم مختلف لبينه ﷺ.

وأما قضايا الأعيان فهي الوقائع التي ليس فيها إلا مجرد فعله ﷺ أو فعل الذي رتب الحكم عليه، ويحتمل ذلك الفعل وقوعه على وجوه متعددة، فلا عموم له في جميعها

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٦٢٤، والإمام الشافعي في الرسالة ص ٣٣١، وابن ماجه ٢/ ٧٦١، وأبو داود ٣/ ٢٤٨، والترمذي في سننه ٣/ ٥٢٨، والنسائي ٧/ ٢٦٨.

(٢) ب: الحارث، وهو قيس بن الحارث بن حذافة الأسدي، أسلم وعنده ثمان نسوة. الإصابة ٣/ ٢٤٣.

(٣) عروة بن مسعود الثقفي عم والد المغيرة بن شعبة، كان أحد الأكابر في قومه، وكانت له اليد البيضاء في تدبير صلح الحديبية. الإصابة ٢/ ٤٧٩.

(٤) هو نوفل بن معاوية بن صخر الكناني، أسلم في الفتح وحج مع أبي بكر سنة تسع، ومع النبي ﷺ سنة عشر، يقال إنه عاش في الجاهلية ستين سنة وفي الإسلام ستين سنة، توفي في خلافة يزيد بن معاوية. الإصابة ٣/ ٥٧٨.

(٥) الفروق ٢/ ٨٧-٩٣.

وإذا حمل ذلك الفعل على صورة منها كان كافيا في العمل به، إذ ليست له صيغة تعم.

فمن الأول وقائع من أسلم على أكثر من أربع كما تقدم، وحديث فاطمة بنت أبي حبيش أن النبي ﷺ قال لها وقد ذكرت له أنها تستحاض (إنَّ دم الحيض أسود يعرف فإذا كان ذلك فأمسكي عن الصلاة وإذا كان الآخر فتوضئي[(١)] وصلي)[(٢)] ولم يستفصلها هل لها عادة قبل ذلك أم لا؟ فيكون حكمه بتقديم التمييز واعتباره شاملاً للمعتادة وغير المعتادة، وحديث بريدة[(٣)] رضي الله عنه أن امرأة قالت للنبي ﷺ إنَّ أمي ماتت ولم تحج أفيجزئ أن أحج عنها؟ قال: (نعم)[(٤)]، ولم يتفصل هل أوصت بذلك أم لا؟

وحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلاً أتى النبي ﷺ عند الجمرة فقال: حلقت قبل أن أرمي فقال: (ارم ولا حرج)، وأتاه آخر فقال: إني ذبحت قبل أن أرمي، فقال: (أرم ولا حرج)، وأتاه آخر فقال: أفضت قبل أن أرمي، فقال (ارم ولا حرج)، ولم يستفصل النبي ﷺ أحداً منهم هل كان ذلك عن علم أو جهل، أو عن عمد أو نسيان، فيكون جوابه شاملاً لكل هذه الأحوال وإلا كان إطلاقاً في موضع التفصيل.

وأما ما ورد في حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أن رجلاً قال: لم أشعر فحلقت قبل أن أنحر؟ قال: (اذبح ولا حرج)[(٥)] فذاك سائل آخر غير الأولين والأسئلة المتعددة من جماعة لا يحمل المطلق منها على المقيد لأن ذلك إنما يكون في كلام متكلم واحد.

وحديث الذي جاء بتمر جَنيب[(٦)] من خيبر[(٧)] وذكر إنما يشتري الصاع بالصاعين،

---

(١) في النسخ: فاغتسلي، والصحيح ما أثبته كما جاء في الحديث.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) بريدة بن الحصيف بن عبدالله، أسلم حين مر به النبي ﷺ مهاجراً، وقيل أسلم بعد بدر، وسكن البصرة لما فتحت، غزا مع رسول الله ﷺ ست عشرة غزوة، مات في خلافة يزيد سنة ٦٣هـ. الإصابة ١٤٦/١.

(٤) الحديث كما جاء في صحيح مسلم بشرح النووي ٨/ ٢٥: عن عبدالله بن بريدة عن أبيه رضي الله عنه قال: بينا أنا جالس عند رسول الله ﷺ إذا أتته امرأة فقالت: إني تصدقت على أمي بجارية وإنها ماتت، قال: فقال: «وجب أجرك وردها عليك الميراث»، قالت: إنها لم تحج قط، أفأحج عنها. قال «حجي عنها».

(٥) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣/ ٥٦٩، وصحيح مسلم بشرح النووي ٩/ ٥٤ واللفظ له.

(٦) جنيب: نوع جيد من أنواع التمر. لسان العرب ١/ ٥١٠.

(٧) ولاية على بعد ٨ برد من المدينة لمن يريد الشام (البريد ١٧٩ر٢٢ كيلومتر) فتحها النبي ﷺ سنة سبع من الهجرة، وقيل سنة ثمان. معجم البلدان ٤٠٩-٤١٠.

فقال النبي ﷺ: (لا تفعل، ولكن بع الجميع بالدراهم، ثم اشتر بالدراهم جنيباً)[١] ولم يفصل بين أن يكون البيع الثاني من غير البائع الأول أو معه، ولا بين قبض الثمن ثم الشراء به، وأن يشتري به وهو في الذمة فيعم الحديث جميع الأحوال.

وحديث ابن عمر رضي الله عنهما، لما سأل النبي ﷺ: إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير وأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم؟ فقال: (لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء)[٢] ولم يستفصله عن انقضاء وقت الخيار أو عدمه، فيشمل جوابه كلا الحالين.

ومنه إذنه ﷺ لثابت بن قيس[٣] رضي الله عنه في خلع امرأته على الحديقة[٤]، ولم يفرق بين أن تكون حائضاً أو لا، فيشمل ذلك الحالين، ويدل على جواز الخلع في الحيض وإن كان طلاقاً، إلى غير ذلك من الأمثلة الكثيرة.

ومن القسم الثاني الذي هو قضايا الأعيان: ما جاء أنه ﷺ جمع بالمدينة بين الظهر والعصر وبين المغرب والعشاء من غير خوف ولا سفر[٥] فإن هذا يحتمل أنه كان في مطر وأنه كان في مرض ولا عموم له في كل الأحوال، فإذا حمل على بعضها كان كافياً، وكذلك ترديده ﷺ ماعزاً[٦] لما أقر بالزنى أربع مرات[٧]، فإنه يحتمل أن يكون ذلك

---

(١) صحيح البخاري بفتح الباري ٤/ ٣٩٩، وصحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ٢٠.

(٢) سنن ابن ماجه ٢/ ٧٦٠، وأبو داود ٣/ ٢٤٧، والترمذي ٣/ ٥٤٤، والنسائي ٧/ ٢٨٣، وقال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك بن جرير عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، وقال الشوكاني في نيل الأوطار ٥/ ٢٥٥: الحديث صححه الحاكم وأخرجه ابن حبان والبيهقي.

(٣) ثابت بن قيس بن شماس بن زهير الخزرجي، خطيب الأنصار، شهد أحد وما بعدها، وبشره رسول الله ﷺ بالجنة، في معركة اليمامة. الاستيعاب لابن عبد البر مطبوع في هامش الإصابة ١/ ١٩٢-١٩٥، والإصابة ١/ ١٩٥-١٩٦

(٤) ونص الحديث عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، ما أنقم على قيس بن شماس في دين ولا خلق إلا أني أخاف الكفر، فقال رسول الله ﷺ: «فتردين عليه حديقته؟» فقالت: نعم، فردت عليه وأمره بمفارقتها. صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٩/ ٣٩٥، وابن ماجه ١/ ٦٦٢، والنسائي ٦/ ١٦٩.

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي ٥/ ٢١٤، وأبو داود ٢/ ٥-٦. والترمذي ١/ ٣٥٥.

(٦) ماعز بن مالك الأسلمي رجمه رسول الله ﷺ بسبب زناه، وقال عنه: «لقد تاب توبة لو تابها طائفة من أمتي لأجزأت عنهم» الإصابة ٣/ ٣٣٧.

(٧) الحديث ورد بعدة روايات وبعدة طرق. صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١٢/ ١٣٣-١٣٦، =

لتوقفه في صحة عقله، أو لعله يرجع عما أقر به، ويحتمل أن يكون لأن الإقرار بالزنى لا بد فيه من أربع مرات، فإذا حمل على الأول كان كافياً إذ لا عموم للفعل، ولم يقع قول يشمل الصور.

وحديث أبي بكرة[1] رضي الله عنه أنه أدرك النبي ﷺ راكعاً، فركع قبل أن يصل إلى الصف، ثم مشى حتى دخل فيه، فقال له النبي ﷺ: (زادك الله حرصاً ولا تعد)[2]، فإنه يحتمل أن يكون مشيته بعد ما ركع إلى أن وصل الصف ثلاث خطوات، وأن يكون أقل من ذلك، وإذا حمل على الثاني كان كافياً، ولم يكن فيه حجة لجواز المشي في الصلاة مطلقاً.

وحديث جرير[3] رضي الله عنه، أن النبي ﷺ بعث سرية إلى خثعم[4]، فاعتصم منهم بالسجود فأمر لهم بنصف العَقْل الحديث[5]، قالت الحنفية إنما أمر لهم بنصف العقل، لأنه احتمل أن يكون سجودهم عن إيمان صحيح، وأن يكون تقية، فاعتبر الحالتين، وجعلوا هذا أصلاً لاعتبار الأحوال المتضادة.

وأجاب أصحابنا بأنه لا يتعين ذلك بل يحتمل أن يكون علم من بعضهم صحة

= وصحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ٣٩٣ وما بعدها.

(١) أبو بكرة هو نفيع بن الحارث الثقفي اسمه مسروح، كان من فضلاء الصحابة وسكن البصرة، وكان قد تدلى إلى النبي ﷺ من حصن الطائف ببكرة فاشتهر بأبي بكرة. الإصابة ٣/ ٥٧١-٥٧٢.

(٢) نص الحديث كما جاء في صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢/ ٢٦٧: عن أبي بكرة أنه انتهى إلى النبي ﷺ وهو راكع فركع قبل أن يصل إلى الصف فذكر ذلك إلى النبي ﷺ فقال: «زادك الله حرصاً ولا تعد».

(٣) جرير بن عبدالله بن مالك البجلي قيل أسلم عام الوفود وكان جميلاً، سكن الكوفة ثم قرقيسيا، توفي سنة إحدى وخمسين، وقيل أربع وخمسين من الهجرة. الإصابة ١/ ٢٣٢.

(٤) خثعم: قبيلة من قبائل العرب، نسبة إلى خثعم بن أنمار، وقيل نسبة إلى جبل تعاهدوا عنده، تقع ديارها على طريق الطائف. اللباب في تهذيب الأنساب لابن الأثير ١/ ٤٢٣، ومعجم قبائل العرب لكحالة ١/ ٣٣١.

(٥) الحديث عن جابر بن عبدالله قال: بعث رسول الله ﷺ سرية إلى خثعم فاعتصم ناس منهم بالسجود فأسرع فيهم القتل، قال: فبلغ ذلك النبي ﷺ فأمر لهم بنصف العقل، وقال: «أنا بريء من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين» قالوا: يا رسول الله لم؟ قال: «لا تراءى نارهما». سنن أبي داود ٣/ ٤٦، والترمذي ٤/ ١٣٢، والنسائي ٨/ ٣٦، قال أبو داود رواه هيثم ومعمر وخالد الواسطي وجماعة لم يذكروا جريراً، والعَقْلُ: الدِّيَةُ.

الإسلام ومن بعضهم عدمه، ويحتمل أن يكون ذلك تألفاً لقلوبهم فلا يتم الاستدلال به على ما ذكروه، فقد تبين بهذه الأمثلة الفرق بين ترك الاستفصال وبين قضايا الأعيان، وأن الأفعال التي تضمنتها وقائع الأحوال إذا احتمل وقوعها على وجوه كفى حملها على واحد منها.

ثم لابد وأن يكون ذلك الاحتمال قريباً، فأما إذا بعد جداً فلا أثر له كما قالت الحنفية في صلاة النبي ﷺ[1] على النجاشي[2]، إنَّهُ يحتمل أن يكون رفع له سريره حتى شاهده[3]، كما رفع له بيت المقدس لما وصفه[4]، فلا تكون صلاته على غائب لأن هذا الاحتمال بعيد، ولو كان وقع لأخبرهم به لما فيه من المعجزة، كما أخبرهم بقصة بيت المقدس.

نعم قالت الحنابلة هنا يحتمل أن تكون صلاته على النجاشي لأنه لم يصل عليه فإنه كان يكتم إيمانه قطعاً فلما لم يؤد فرض الصلاة عليه، صلى عليه، فلا يصلى على غائب إلا في مثل هذه الصورة[5]، وهو بحث قوي جار على قاعدة قضايا الأعيان.

وكذلك قالت الحنفية[6] أيضاً في حديث ابن عمر رضي الله عنهما (تراءى الناس الهلال وأخبرت النبي ﷺ أني رأيته، فصام وأمر الناس بالصيام)[7] وكذلك في المرة الأخرى، صاموا بشهادة الأعرابي الذي أخبر أنه رأى الهلال وحده[8]، إن هاتين

---

(١) عن جابر بن عبدالله الأنصاري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال حين مات النجاشي: «مات اليوم رجل صالح فقوموا فصلوا على أخيكم أصحمة». صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٧/ ١٩١.

(٢) النجاشي ملك الحبشة واسمه أصحمة، أسلم على عهد النبي ﷺ ولم يهاجر وكان رِدْءاً للمسلمين نافعاً. الإصابة ١/ ١٠٩، والرِّدْءُ: المعين والناصر

(٣) حاشية ابن عابدين ٢/ ٢٠٩.

(٤) عن جابر رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «لما كذبتني قريش قمت في الحجر فجلى الله لي بيت المقدس فطفقت أخبرهم عن آياته وأنا أنظر إليه». صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٧/ ١٩٦.

(٥) المغني ٢/ ٣٩١.

(٦) الهداية ١/ ١٣٠-١٣١.

(٧) سنن أبي داود ٢/ ٣١٢ وفي الحديث (وأمر الناس بصيامه).

(٨) الحديث عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال: إني رأيت الهلال، قال: «أتشهد أن لا إله إلا الله؟ أتشهد أن محمداً رسول الله؟» قال: نعم، قال: «يا بلال أذن في الناس أن يصوموا غداً».

سنن الترمذي ٣/ ٧٤ وقال أبو عيسى حديث ابن عباس فيه اختلاف، وروى سفيان الثوري وغيره=

الواقعتين يحتمل أن تكون كل منهما في حالة الصحو وأن تكون في حالة الغيم، فإذا حملناهما على حالة الغيم كفى ولم يكن لها عموم، وهذا قوي لأن النبي ﷺ كان مشاهداً تلك الحالة من صحو أو غيم إن كان، فليس من باب ترك الاستفصال، مع ما يتأيد بذلك من جهة المعنى أن حالة الغيم يمكن كثيراً أن لا يراه فيها إلا واحد بخلاف حالة الصحو فإنه يستوي فيه أبصار الناظرين غالباً، وإنما أطلت بكثرة الشواهد والأمثلة مع أن ذلك ليس من موضوع هذا الكتاب، لبيان هذه القاعدة المهمة وتحرير الفرق بين الموضعين، فقد رأيت كثيراً من المصنفين يغلطون فيها، وبالله التوفيق.

مسألة

ذهب الجمهور من الأصوليين كما حكاه الآمدي[(١)] وغيره[(٢)] إلى أن المخاطب داخل في عموم متعلق خطابه سواء خبراً كقوله تعالى: ﴿وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٩ والأنعام ١٠١] فإنه يشمل العلم بذاته المقدسة وصفاته العلية أو أمراً أو نهياً، ونقلوا في ذلك خلافاً[(٣)].

وذكر الشيخ صدر الدين أن الخطاب إن كان مثل قوله ﷺ: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم»[(٤)] وقوله: «ولا تستقبلوا القبلة بغائط ولا بول»[(٥)] ونحو ذلك فليس داخلاً فيها والصيغة مختصة بالمخاطبين، ونسب من قال بخلاف ذلك إلى الشذوذ.

= عن سماك عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلاً، والعمل على هذا عند أهل العلم، وسنن أبي داود ٢/ ٣١٢، وسنن النسائي ٤/ ١٢٠-١٢١.

(١) الآمدي ٢/ ٤٠٤.

(٢) كالغزالي. المنخول ١٤٣-١٤٤.

(٣) قيل يدخل المخاطب في عموم خطابه إن كان خبراً لا أمراً، وقيل: يدخل مطلقاً نظراً لظاهر اللفظ، وقيل: لا يدخل مطلقاً لبعد أن يريد المخاطب نفسه إلا بقرينة. شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ١/ ٤٢٩.

(٤) تكملة الحديث: (... فمن كان حالفاً فليحلف بالله وإلا فليصمت». صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١٠/ ٥١٦.

(٥) الحديث عن أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة بغائط ولا بول ولا تستدبروها، ولكن شرقوا وغربوا». صحيح مسلم بشرح النووي ٣/ ١٥٢، وسنن أبي داود ١/ ٣، وسنن الترمذي ١/ ١٣ وقال: حديث أبي أيوب أحسن شيء في هذا الباب وأصح، والنسائي ١/ ٢٢-٢٣.

وإن كان بتشريع كقوله ﷺ: «العينان وِكاء[1] السه[2] »وقوله[3] ﷺ: «من مس فرجه فليتوضأ»[4] والصحيح أنه داخل في عموم ذلك وشذ من قال بخلاف ذلك.

وفيما قاله في القسم الأول نظر، فقد صرح الآمدي[5] بخلافه، ولم أجد فيه سوى ما قاله فخر الدين في المحصول[6] في مثل قوله: «من دخل داري فأكرمه» يشبه أن يكون كونه أمراً قرينة مخصصة، وقد احتج أصحابنا[7] كلهم على جواز الاستقبال والاستدبار عند قضاء الحاجة في البنيان، بحديث ابن عمر رضي الله عنهما: (أنه رأى النبي ﷺ في بيته بالمدينة مستدبراً الكعبة لحاجته)[8]، ولولا أنه ﷺ داخل في النهي الأول لما كان بتخصيصه في البنيان بفعل النبي ﷺ معنى.

وقالوا أيضاً في قوله ﷺ بالجعرانة[9]، للذي أحرم بعمرة متضمخاً بالطيب، وقد سأله عن ذلك، فنزل عليه ﷺ الوحي، ثم قال له: (أما الطيب فاغسله عنك)[10]: إنه

---

(١) الوكاء: الخيط الذي تشد به الصرة والكيس ونحوهما. لسان العرب ٣/ ٩٧٨، ومعجم لغة الفقهاء ٥٠٩.

(٢) السه: حلقة الدبر. لسان العرب ٢/ ٢٣٠.

(٣) تتمة الحديث: (... فمن نام فليتوضأ). سنن ابن ماجه ١/ ١٦١، وأبو داود ١/ ٦١، والدارقطني ١/ ١٦١.

(٤) سنن ابن ماجه ١/ ١٦٢ وقال الشوكاني في نيل الأوطار ١/ ٢٥٠ صححه أحمد وأبو زرعة.

(٥) الآمدي ٢/ ٤٠٤-٤٠٥.

(٦) المحصول ١/ ق٣/ ٢٠٠.

(٧) فتح العزيز ١/ ٤٥٩، والمجموع ٢/ ٨٢.

(٨) الحديث عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال: ارتقيت فوق ظهر بيت حفصة لبعض حاجتي فرأيت رسول الله ﷺ مستدبراً القبلة مستقبلاً الشام. صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٦/ ٢١٠، وصحيح مسلم بشرح النووي ٣/ ١٥٣.

(٩) هي مكان بين الطائف ومكة، وهي إلى مكة أقرب، نزلها النبي ﷺ لما قسم غنائم هوازن مرجعه من عزوة حنين، وأحرم منها ﷺ وله فيها مسجد وبها آبار متقاربة. معجم البلدان ٢/ ١٤٢.

(١٠) الحديث كما في صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٨/ ٤٧: أن يعلى كان يقول: ليتني أرى رسول الله ﷺ حين ينزل عليه، قال: فبينما النبي ﷺ بالجعرانة وعليه ثوب قد أضل به ومعه فيه ناس من أصحابه إذ جاءه أعرابي عليه جبة متضمخ بطيب فقال: يا رسول الله كيف ترى في رجل أحرم بعمرة في جبة بعد ما تضمخ بالطيب؟ فأشار عمر إلى يعلى بيده أن تعال، فجاء يعلى فأدخل رأسه فإذا النبي ﷺ محمر الوجه يغط كذلك ساعة ثم سري عنه فقال: «أين الذي سألني عن العمرة آنفاً؟» فالتمس الرجل فأتي به فقال: «أما الطيب الذي بك فاغسله ثلاث مرات، وأما الجبة فأنزعها ثم اصنع في عمرتك كما تصنع في حجك».

منسوخ بإحرامه بعد ذلك في حجة الوداع بعد ما تطيب وإنَّ وبيص الطيب بقي في رأسه وهو محرم، تقفلولا أنه ﷺ داخل في عموم خطابه الأول لما كان الثاني ناسخاً، ولهذا قال مالك، وأبو حنيفة رضي الله عنهما: إنَّ فعله ﷺ في حجة الوداع[1] خاص به وإنه ليس داخلاً في الخطاب الأول بل هو عام للأمة مستمر في حقهم.

وخرج الشيخ صدر الدين على هذه القاعدة مسألتين:

إحداهما: إذا قال نساء العالم طوالق فهل تطلق زوجته؟ فيه وجهان، وتخريجهما ظاهر.

والثاني: مسألة الواعظ المتقدمة وقوله: طلقتكم ثلاثاً وكانت زوجته فيهم، وفي تخريجها نظر، لأنه ليس في المطلقين ـ بفتح اللام ـ بل هو فاعل للتطليق، وقد تقدم ما في هذه المسألة من البحث، نعم تتخرج عليها ما إذا وقف على الفقراء ثم صار فقيراً، وفيه وجهان، الأصح أنه يدخل في لفظه ويتناول منه، والله أعلم.

قاعدة

دخول الصور النادرة في الألفاظ العامة فيه خلاف أصولي، وقل من يتعرض إليه لا سيما في كتب المتأخرين، وكأن السر فيه عدم خطورها بالبال غالباً، وهذا لا يتمشى في خطاب الله تعالى ولا يتردد فيه قطعاً، وأما خطاب النبي ﷺ فإخراجها من صيغة العام مبني على أن دلالة الصيغ على موضوعاتها يتوقف على الإدارة، وهو قول مرجوح، ووجهه بعضهم بأن المخصص على الحقيقة هو إرادة الكلام المخرج، فقد لا يمر النادر بالبال فلا يراد بالإطلاق التعميم، كما لا يراد بالتخصيص، وفيه نظر ظاهر، إذ الفرق واضح بين شمول اللفظ لما يندرج تحته عند الإطلاق، وبين إخراج المتكلم بعض ذلك عنه.

وقد ذكر أصحابنا فيمن قتل نفسه وجهين[2]، أنه هل تجب عليه كفارة وتخرج من تركته؟ ولعل ذلك تخريجٌ على هذا الخلاف، بل على أن قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] هل يندرج فيه قاتل نفسه أو لا؟ لأن ذلك

---

(١) عن عائشة رضي الله عنها قالت: (طيبت رسول الله ﷺ بيدي بذريرة في حجة الوداع للحل والإحرام) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١٠/ ٣٧١، وصحيح مسلم بشرح النووي ٨/ ١٠٠، ووبيص الطيب: لمعانه.

(٢) الروضة ٩/ ٣٨١.

يستدعي تغايراً بين القاتل والمقتول، لكن الأصح وجوب الكفارة، وعلى القولين لا تجب الزكاة في مال المكاتب[1].

أما من قال بعدم دخول النادرة فواضح، وأما القول بدخولها فمنع وجوب الزكاة لعدم تحقيق المالية، ولكن يتخرج على الخلاف مسائل كثيرة.

منها: مس الذكر المقطوع، والصحيح أنه ينقض[2]، نظراً إلى عموم اللفظ، وقيل: لا ينقض نظراً إلى الندرة[3].

ومنها: لمس العضو المبان من المرأة، والصحيح أنه لا ينقض، والظاهر أن ذلك ليس لعدم دخول الصور النادرة في العام بل لأن هذا ليس مظنة الشهوة[4].

وكذلك طردوا الخلاف في لمس الشعر والسن والظفر، وكذلك المحرم بنسب أو رضاع، حيث لم يكن مظنة الشهوة[5].

ومنها: النظر إلى العضو المبان من الأجنبية وفيه وجهان:

أصحهما: التحريم للعموم، ووجه الآخر ندرة كونه محل فتنة[6]، والفرق عسير بين هذه والتي قبلها في الصحيح.

وقد بالغ الأصحاب حتى أجروا الخلاف في قلامة الظفر[7]، وحكوا أن امرأة سألت الشيخ أبا عبد الله الخضري[8] عن قلامة ظفر المرأة هل يجوز للأجنبي النظر إليها؟

---

(١) الحاوي ٤/ ١١٧، والمجموع ٥/ ٣٣٠.

(٢) وإليه ذهب الشافعي وصححه المتولي والبغوي والرافعي وقطع به الجرجاني.

(٣) وهو اختيار أبي محمد في كتابه الفروق وصاحب الشامل. المجموع ٢/ ٣٨.
وقال الماوردي لو مس من ذكر الصغير الأغلف ما يقطع في الختان انتقض وضوؤه لأنه من جملة الذكر، ولو أمسك بعد قطعه لم ينتقض وضوؤه لأنه بائن من الذكر فلم ينطلق اسم الذكر عليه. الحاوي ١/ ٢٣٧.

(٤) الروضة ١/ ٧٤، والمنثور في القواعد ٣/ ٢٤٣.

(٥) الحاوي ١/ ٢٢٨، والمجموع ٢/ ٢٧-٢٨.

(٦) الأشباه والنظائر ٣٣١.

(٧) قلامة الظفر: ما قطع من طرفه. معجم الفقهاء ٣٦٨.

(٨) أ: (الحضرمي)، والصحيح الخضري وهو أبو عبدالله محمد بن أحمد الخضري المروزي، كان هو وأبو زيد شيخي عصرهما بمرو ونشر فقه الشافعي فيها، وكان يضرب به المثل في قوة الحفظ وقلة النسيان، توفي سنة ٣٧٣هـ، وقيل: ٣٧٢هـ. طبقات السبكي ٢/ ١٢٥، وطبقات الأسنوي ١/ ٤٦٩.

فأطرق وكانت زوجته ابنة علي الشبوي[١] فقالت: سمعت أبي يقول إن كانت قلامة ظفر اليدين جاز، وإن كانت قلامة أظفار الرجلين لم يجز، يعني تبعاً للأصل، وهو بناء على أن الكف ليس بعورة، ففرح الخضري بذلك وقال: لو لم استفد باتصالي بأهل العلم إلا هذه المسألة كانت كافية[٢].

ومنها: بطلان الصلاة بما يندر طلبه، كما لو سأل الله تعالى جارية أو أكل حلوى ونحو ذلك والصحيح أنها لا تبطل به لعموم قوله ﷺ: «ثم ليتخير من المسألة ما شاء»[٣]، وقال الشيخ أبو محمد: تبطل به لندرة ذلك[٤].

ومنها: المسابقة[٥] على الفيل، والمذهب صحتها[٦] لدخوله في حديث: (لا سبق إلا في خف[٧] أو حافر[٨])وفيه[٩] وجه، نظراً إلى ندرته عند المخاطبين بالحديث.

ومنها: إذا استمر المتبايعان مدة طويلة غير متفرقين، فقد تقدم أن الأصح بقاء الخيار[١٠] لدخول هذه الصورة في عموم قوله: (ما لم يتفرقا)[١١] وفيه وجه أنه لا يدوم أكثر من ثلاث[١٢] لندرة هذه الصورة.

---

(١) هو محمد بن عمر بن شبوية، كان فقيهاً فاضلاً من أهل مرو، والشبون ـ بشين معجمة مفتوحة ثم باء موحدة مضمومة وبعدها واو مشددة مكسورة ـ طبقات الأسنوي ٢/ ٨٠، والأنساب: شبوية، واللباب ٢/ ١٠.

(٢) طبقات الأسنوي ٢/ ٨١، وشذرات الذهب ٣/ ٨٢.

(٣) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢/ ٣٢٠، وصحيح مسلم بشرح النووي ٤/ ١١٧ واللفظ له.

(٤) المجموع ٣/ ٤٦٩.

(٥) المسابقة: الإسراع إلى الشيء لتحصيل التقدم على الغير في الوصول إليه. معجم لغة الفقهاء ٤٢٤.

(٦) الروضة ١٠/ ٣٥٠.

(٧) ذوات الخف هي ما خلق الله تعالى له من الحيوان جلداً غليظاً في أسفل قدميه يساعده على المشي كالإبل ونحوها. الحاوي ١٩/ ٢١٦، ومعجم لغة الفقهاء ١٩٧.

(٨) الحافر الخيل لأنها ذوات حوافر للكر والفر. الحاوي ١٩/ ٢١٦، ومعجم لغة الفقهاء ١٧٢.

(٩) الأم ٤/ ٤/ ٢٤٣، وابن ماجه ٢/ ٩٦٠، وأبو داود ٣/ ٩٢، والترمذي ٤/ ١٧٨ وقال هذا حديث حسن.

(١٠) الحاوي ٦/ ٥٠، والمجموع ٩/ ١٨٠.

(١١) إشارة إلى حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار». صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٤/ ٣٢٨، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٠/ ١٧٣.

(١٢) حكى هذا الوجه القاضي حسين وإمام الحرمين والغزالي وآخرون من الخراسانيين. المجموع ٩/ ١٨٠

ومنها: ما ذكره الإمام في كتاب الأيمان أنه إذا حلف لا يأكل اللحم فأكل لحم الميتة، وفيه وجهان.

قال الإمام القياس أنه يحنث، ووجه عدم الحنث أنه لا يعنى ولا يقصد، ومطلق الألفاظ ينصرف إلى المقصود الذي يخطر للافظ.

وحكى الرافعي عن الشيخ أبي حامد والروياني ترجيح عدم الحنث وصححه النووي رحمه الله أيضاً، وهما جاريان فيما لو أكل لحم الخنزير والذئب والحمار وسائر ما لا يؤكل لحمه[١].

ومنها: الأكساب النادرة هل تدخل في المهاياة[٢] في العبد المشترك، والأصح دخولها[٣]، وقال العراقيون في بعض المواضع إلى عدم الدخول[٤] وذلك في صور:

منها: الهبة.

ومنها: اللقطة.

ومنها: بدل الخلع.

ومنها: اصطياده إذا لم يكن من عادته، وكذلك الاحتطاب والاحتشاش.

ومنها: الوصية له، وإذا كان نصفه حراً وليس بينه وبين السيد مهاياة، فإن قبل بإذنه صح وكان بينهما، وإن قبل بغير إذن فكذلك على الأصح، بناء على الأصح أن العبد القن بكماله لا يفتقر قبوله الوصية إلى إذن السيد، وعلى القول الاخر يبطل القبول في نصف السيد وفي نصف العبد وجهان[٥].

وهكذا الحكم إذا كان بينهما مهاياة وقلنا إنَّ الأكساب النادرة لا تدخل فيها.

وإن قلنا بالأصح إنها تدخل فلا حاجة إلى إذن السيد في القبول قطعاً، وقد تردد الإمام فيما إذا صرح مالك النصف بإدراج الأكساب النادرة في المهاياة، هل تدخل لا محالة أو يكون على الخلاف؟[٦] وهذه مبالغة.

---

(١) الروضة ١١/ ٣٩.

(٢) المهاياة: هي الاتفاق على قسمة المنافع على التعاقب فتكون العين المشتركة لهذا شهراً ولهذا شهراً مثلاً. الروضة ١١/ ٢١٧.

(٣) الروضة ١١/ ٢١٨-٢١٩، والأشباه والنظائر ٣٣١.

(٤) الروضة ٥/ ٣٩٩.

(٥) الروضة: ٦/ ١٠٢.

(٦) الروضة ٦/ ١٠٣.

وتردد أيضاً فيما إذا عمت الهبات والوصايا في قطر، أنها هل تدخل لا محالة كالعامة، أو تبني على الخلاف؟ ورجح النووي طرد الخلاف فيها[1]، ولو قال أوصيت لنصفه الحر، أو لنصفه الرقيق خاصة، فعن القفال بطلان الوصية، إذ لا يجوز أن يوصي لبعض شخص، كما لا يجوز أن يرث نصفه[2].

وقال غيره: يصح، وينزل تقييد الموصي منزلة المهاياة فيكون له إن قيد لنصفه الحر ولمالك النصف إن قيد به، وصححه النووي[3] رحمه الله.

ومنها: في فتاوى القاضي حسين، لو كان عبد بين شريكين أذن أحدهما له في التجارة، فإن لم يكن بينهما مهاياة لم يصح ذلك بغير إذن الشريك، وبإذنه يصح، ويكون مأذوناً من جهتهما، فمن جهة الأول إذن في التجارة، ومن جهة الشريك إذن في توكيل العبد عن غير سيده، وإن كان بينهما مهاياة فأذن أحدهما في نوبته، قال القاضي ينبني على الأكساب النادرة.

ومنها: العبد المأذون إذا ركبه دين وليس في يده شيء، هل يوفي الدين من أكسابه النادرة؟ فيه وجهان، وصحح الرافعي أنه يوفي منها لكن إذا كان ذلك قبل حجر السيد عليه، وفي كل منهما وجه[4]، لكن ذكر الشيخ محيي الدين عن صاحب التهذيب: أن الديون لا تتعلق بما يجب للمأذون من أَرْش جناية عليه ولا مهر، مثل إذا وطئت المأذون لها بالشبهة[5].

ومنها: جماع الميتة يوجب عليه الغسل والكفارة عن إفساد الصوم والحج ولا يعاد غسلها على الصحيح[6].

وقال الروياني: يعاد ولا يجب به مهر، وكذلك الحد على الصحيح[7].

وثالثها: إن كان لا يحد به في الحياة كالزوجة وجارية الابن لم يحد، وإلا حد، والله أعلم.

ويقرب من هذه قاعدة أخرى وليس منها: وهي:

---

(١) الروضة ٦/ ١٠٣.
(٢) الروضة ٦/ ١٠٢.
(٣) الروضة ٦/ ١٠٣.
(٤) الروضة ٣/ ٥٧١.
(٥) الروضة ٣/ ٥٧٢.
(٦) الروضة ١/ ٨١.
(٧) ذكر هذا الرأي الماوردي في الحاوي ١/ ٢٥٩ دون أن ينسبه لأحد.

تنزيل الأكساب منزلة المال العتيد

وتلحق هذه بقاعدة أن المتوقع كالواقع وقد تقدمت في آخر قاعدة المشرف على الزوال هل هو كالزائل؟ ومسائل المذهب مختلفة في أن الاكتساب هل يكون كالمال الحاضر أم لا؟

وبيانه في صور:

منها: في الفقر والمسكنة، قطعوا بأن القادر على الكسب كواجد المال، ويدل عليه قوله ﷺ عن الزكاة: «ولا حظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب»(١).

ومنها: في سهم الغارمين(٢) هل ينزل الاكتساب منزلة المال أم لا؟ فيه وجهان، والأشبه أنها لا تنزل، ويفارق الفقير المسكين بأن الحاجة تتجدد في كل وقت والكسب يتجدد كذلك، والغارم محتاج إلى وفاء دينه الآن وكسبه متوقع في المستقبل(٣).

ومنها: المكاتب إذا كان كسوباً هل يعطى من الزكاة؟ فيه وجهان، والأصح أيضاً أنه يعطى كما في الغارم(٤).

ومنها: إذا حجر عليه بالإفلاس فينفق على من تجب عليه نفقته من ماله إلى أن يقسم ماله إلا أن يكون كسوباً.

ومنها: إذا قسم ماله بين غرمائه وبقي عليه شيء وكان كسوباً فلا يستكسب ولا يجب عليه لك ليوفي منه الدين، قال أبو عبد الله الفراوي(٥) في كتاب صنفه في المذهب: إلا

---

(١) الحديث عن عبدالله بن عدي قال: أخبرني رجلان أنهما أتيا النبي ﷺ في حجة الوداع وهو يقسم الصدقة فسألاه منها، فرفع البصر وخفضه فرآنا جلدين فقال: «إن شئتما أعطيتكما ولا حظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب» سنن أبي داود ٢/ ١٢١، والنسائي ٥/ ٩٩-١٠٠ وقال الهيثمي في الزوائد ٣/ ٩٣ رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح، وقال صاحب التنقيح حديث صحيح ورواته ثقات، وقد ورد الحديث من طرق أخرى. نصب الراية ٢/ ٤٠١.

(٢) الغارم: المديون الذي لا يستطيع أداء ما عليه. طلبة الطلبة ٤٥، ومعجم لغة الفقهاء ٣٢٧.

(٣) الروضة ٢/ ٣١٧.

(٤) الروضة ٢/ ٣١٧.

(٥) أبو عبدالله الفراوي هو محمد بن الفضل بن أحمد النيسابوري المعروف بالفراوي نسبة إلى فراوة، وهي بلد في طرف خراسان مما يلي خوارزم، كان فقيهاً محدثاً مناظراً واعظاً، توفي سنة ٥٣٠هـ. طبقات الأسنوي ٢/ ٢٧٦، والكامل في التاريخ لابن الأثير في حوادث سنة ٥٣٠هـ.

أن يكون الدين لزمه بسبب هو عاص به، كإتلاف مال إنسان عدواناً فإنه يجب عليه أن يكتسب لوفائه، لأن التوبة منه واجبة، ومن شرطها إيصال الحق إلى مستحقه فيلزمه التوصل إليه، حكاها عنه الشيخ تقي الدين بن الصلاح رحمه الله فيما علقه في رحلته.

ومذهب أحمد بن حنبل رحمه الله أنه يجب عليه الاكتساب لوفاء جميع الديون ويؤاجر نفسه لذلك[١].

وأصحابنا احتجوا بقوله ﷺ لغرماء المفلس: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»[٢]، أما إذا كان عليه شيء موقوف أو أم ولد، فهل يؤجران لذلك؟ فيه جهان[٣].

قال القاضي حسين: لا، لأن المنفعة ليست مالاً عتيداً، كما أنه لا يؤجر نفسه لذلك، وقال غيره يؤجر عليه، لأن هذه منافع مملوكة له، فهو كما لو استأجر داراً وسلم أجرتها ثم أفلس فإنها تؤجر عليه، ويدل على أن هذه المنافع كالأموال، أنها تضمن بالغصب بخلاف منفعة بدن المفلس.

ومنها: المنفق على الأصل أو الفرع لو لم يكن له مال وكان كسوباً فهل ينزل كسبه منزلة المال حتى يجب عليه أن يكتسب لذلك؟ فيه وجهان[٤]:

أحدهما: لا، كما لا يكلف لوفاء الديون.

وأصحهما ـ وبه قال الأكثرون ـ: نعم يلزمه إحياء نفسه بالكسب فكذلك إحياء بعضه، وذكر في التتمة أن محل الخلاف بالنسبة إلى نفقة الأصول، أما بالنسبة إلى نفقة الفروع فيجب الاكتساب قطعاً[٥] لأن نفقة الوالد سبيلها سبيل المواساة فلا يكلف أن يكسب ليصير من أهل المواساة، وأما الولد فبسبب حصول الاستمتاع، فألحقت نفقته بالنفقة الواجبة للاستمتاع وهي نفقة الزوجة.

قال الرافعي: هذا ذهاب إلى القطع بوجوب الاكتساب لنفقة الزوجة وهو الظاهر،

---

(١) المغني ٤/ ٤٩٨ وما بعدها، والحاوي ٧/ ٤٥٨.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/ ٢١٨، وابن ماجه ٢/ ٧٨٩، وأبو داود ٣/ ٢٧٤، والنسائي ٧/ ٣١٢.

(٣) الأول: المنع، وإليه ذهب إمام الحرمين.
الثاني: تصحيح الإيجار وإليه ذهب الرافعي والنووي والغزالي. فتح العزيز ١٠/ ٢٢٤، والروضة ٤/ ١٤٦.

(٤) الروضة ٩/ ٨٤.

(٥) ذكر هذا الرأي في الروضة دون نسبه لأحد ٩/ ٨٢.

لكن في كلام الإمام وغيره أن فيها وجهين مرتبين على وجوب الاكتساب لنفقة القريب، وهي أولى بالمنع لالتحاق نفقتها بالديون[1].

ومنها: المنفق عليه من أصل أو فرع لو كان كسوباً هل يلزمه نفقته؟ ينظر إن كان طفلاً فتجب نفقته، وإن ترك الكسب، وإن كان بالغاً ففيه طريقان، يرجع حاصلهما إلى ثلاثة أقوال[2]:

أصحها: لا تجب لأنه قادر على الاكتساب مستغن عن أن يحمل كَلَّهُ غيرُه.

والثاني: تجب نفقته إذ يصح أن يكلف قريبه الكسب مع اتساع ماله، قال في العدة والفتوى اليوم على هذا.

والثالث: تجب نفقة الوالد ولا يكلف الكسب دون الولد لعظم حرمة الأبوة.

ومنها: إذا كان الأب قادراً على اكتساب مهر حرة أو ثمن سرية لا يجب إعفافه وينزل منزلة المال العتيد، قاله الشيخ أبو علي[3]، قال الرافعي وينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور في النفقة[4].

ومنها: لو أجر المحجور عليه بالسفه نفسه هل يبطل؟ كبيعه شيئاً من أمواله، حكى القاضي حسين عن العبادي وجهين وذكرهما في الإشراف قولين، وفي الحاوي إن أجر نفسه فيما هو مقصود من عمله، مثل أن يكون صائغاً وعمله مقصوداً في كسبه، لم يصح، ويتولى الولي العقد عليه، وإن كان غير مقصود، مثل أن يؤجر نفسه في حج أو وكالة في عمل، فيصح، لأنه لما جاز أن يتطوع عن غيره بعمله فأولى أن يجوز بعوض، كما قالوا: يصح خلعه، لأن له أن يطلق مجاناً، فبالعوض أولى[5] لكن هذه العلة تقتضي أن يصح مطلقاً إجارة نفسه، وغيره نقل فيها الخلاف، والله أعلم.

قاعدة

الصحيح من مذهب الشافعي رحمه الله أن **أقل الجمع ثلاثة**، قال[6] الإمام: وهو ما

---

(١) الروضة ٩/ ٨٤.

(٢) مغني المحتاج ٣/ ٤٤٨.

(٣) الروضة ٧/ ٢١٥.

(٤) المصدر السابق.

(٥) الحاوي ٨/ ٢٧-٢٨.

(٦) المستصفى ٢/ ٩١، والمحصول ١/ ق٢/ ٦٠٦، والآمدي ٢/ ٣٢٤، والبحر المحيط ٣/ ١٣٧.

أشار إليه الشافعي في مواضع تعرضه للأصول، وقال الأستاذ أبو إسحاق والغزالي[1] وطائفة من أصحابنا: أقله اثنان[2] بطريق الحقيقة، واختار إمام الحرمين وغيره[3] أن ذلك يصح بطريق التجوز، وإنما يكون ذلك عند قيام قرينة تدل على أن المراد به اثنان[4]، ومنهم من قال: لا يصح ذلك بطريق التجوز أصلاً، ويتخرج عليها صور:

منها: لو قال علي دراهم، الصحيح أنه يلزمه ثلاثة، ولم يذكر الرافعي غيره[5].

وفي الحاوي أن بعض المتقدمين من فقهاء البصرة قال: يلزمه درهمان، لأنه أقل الجمع[6].

ومنها: أقل ما يسقط به الفرض في صلاة الجنازة، وفيه خلاف الأصح عند الشيخ أبي حامد والمحاملي والبندنيجي، وبه قطع الماوردي أنه يكفي ثلاثة[7] لقوله ﷺ: (صلوا على من قال: لا إله إلا الله)[8] وأقل الجمع ثلاثة، وقيل: لا بد من اثنين، حكاه في التهذيب وبناه على أن أقل الجمع اثنان ولم يبلغ الإمام نقلاً بل قال هو محتمل جداً لأن الاجتماع يحصل بذلك[9]، وقيل: لا بد من أربعة، حكاه الشيخ أبو علي وغيره[10] وضعفه الإمام، وقيل: يسقط الفرض بواحد، لأنه لم يشترط فيها الجماعة، فكذلك العدد كسائر الصلوات[11] وهو الذي رجحه الرافعي والنووي[12].

---

(١) في نسبة هذا الرأي إلى الغزالي نظر، فقد قال الغزالي في المنخول ص ١٤٩ : والمختار عندنا أن أقل ما يتناوله ثلاثة.

(٢) الحاوي ٨/ ٢٧٥، والمحصول ١/ ق٢/ ٦٠٦، والآمدي ٢/ ٣٢٤، والبحر المحيط ٣/ ١٣٦.

(٣) مثل الكيا الطبري. البحر المحيط للزركشي ٣/ ١٤٣.

(٤) المصدر نفسه.

(٥) فتح العزيز ١١/ ١٣٣.

(٦) الحاوي ٨/ ٢٧٥.

(٧) المجموع ٥/ ٢١٢-٢١٣.

(٨) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير ١٢/ ٣٤٢و والدار قطني ٢/ ٥٦، ومجمع الزوائد ٢/ ٦٧، وقال النووي عن الحديث: ضعيف رواه الحاكم أبو عبدالله في تاريخ نيسابور من رواية ابن عمر عن النبي ﷺ وإسناده ضعيف، ورواه الدارقطني كذلك بأسانيد ضعيفة وقال: لا يثبت منها شيء. المجموع ٥/ ٢١٢.

(٩) لعل المراد به القاضي حسين، فقد ورد في المجموع ٥/ ٢١٢ أنه من الذين قالوا بذلك.

(١٠) كالبغوي وجماعة من الخراساني. المجموع ٥/ ٢١٢.

(١١) نقل هذا الرأي القاضي حسين وأبو الطيب وابن ا لصباغ والمتولي عن نص الشافعي في الجامع الكبير. المجموع ٥/ ٢١٢.

(١٢) المجموع ٥/ ٢١٣.

ومنها: إذا انفضوا عن الإمام في صلاة الجمعة بعد التحريم بها حتى نقص العدد، وفرعنا على القول المرجوح إنَّ الجمعة لا تبطل بذلك، فالأظهر أنه يشترط دوام أصل الجماعة حتى لو بقي الإمام وحده بطلت الصلاة، وعلى هذا ففي العدد المشروط بقاؤه قولان:

الجديد: أنه يشترط بقاء اثنين فيكونون ثلاثة مع الإمام وهو الجمع المطلق.

والقديم: أنه يكفي بقاء واحد معه، لأن الاثنين فما فوقهما جماعة[١]، قال الإمام: والظاهر أنه يشترط أن يكون الاثنان أو الواحد من أهل الكمال المعتبر في الجمعة، كما يشترط ذلك في الابتداء[٢].

ومنها: قال الشافعي رحمه الله في صلاة الخوف: والطائفة ثلاثة فأكثر، وأكره أن يصلي بأقل[٣] من طائفة، وأن يحرسه أقل من طائفة[٤]، واعترض عليه محمد بن داود الظاهري[٥] بأنه احتج بقبول خبر الواحد بقوله تعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ﴾ [التوبة: ١٢٢] فدل على أن الطائفة تكون واحداً وهو مسموع من العرب[٦]، وقاله جماعة من أهل اللغة وغيرهم، وسلم له جماعة من أصحابنا ذلك، وقالوا: إنما استحب الشافعي رحمه الله في صلاة الخوف أن يكونوا ثلاثة في كل فرقة لأنه سبحانه وتعالى قال: ﴿وَلْيَأْخُذُوٓاْ أَسْلِحَتَهُمْ فَإِذَا سَجَدُواْ فَلْيَكُونُواْ مِن وَرَآئِكُمْ وَلْتَأْتِ طَآئِفَةٌ أُخْرَىٰ لَمْ يُصَلُّواْ فَلْيُصَلُّواْ مَعَكَ وَلْيَأْخُذُواْ حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ﴾ [النساء: ١٠٢] فكرر ذلك في كل طائفة بضمير الجمع وأقل الجمع ثلاثة[٧].

---

(١) إذا انفضوا عن الإمام وهو في الصلاة تبطل الجمعة أم لا؟ فيه أقوال:
١- تبطل الجمعة ويشترط العدد في جميعها.
٢- إن بقي اثنان مع الإمام أتم الجمعة وإلا بطلت.
٣- إن بقي معه واحد لم تبطل.
٤- إن كان الانفضاض في الركعة الأولى بطلت الجمعة وإن كان بعدها لم تبطل، ويتم الإمام الجمعة وحده، وكذا من معه إن بقي معه أحد. المجموع ٤/ ٥٠٦-٥٠٧.

(٢) فتح العزيز ٤/ ٥٣١، والمجموع ٤/ ٥٠٦.

(٣) الأم: ١/ ٢٥١.

(٤) الأم ١/ ٢٥١، والحاوي ٣/ ٨٢.

(٥) هو محمد بن داود بن علي الظاهري الفقيه أبو بكر أحد أذكياء زمانه وصاحب كتاب الزهرة تصدر للاشتغال والفتوى ببغداد بعد أبيه، وله شعر رائق وهو ممن قتله الهوى، وله نيف وأربعون سنة توفي سنة ٢٩٧هـ. شذرات الذهب ٢/ ٢٢٦.

(٦) المجموع ٤/ ٤١٩.

(٧) المجموع ٤/ ٤٢٠.

ولا يرد ذلك على قوله تعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُواْ فِي ٱلدِّينِ﴾ [التوبة: ١٢٢] الآية، فأعاد عليهم ضمير الجمع أيضاً غير مرة، لأن الجمع هنا عائد إلى الطوائف من كل فرقة لا إلى طائفة واحدة.

والأقوى في الجواب: أن الشافعي رضي الله عنه من أئمة اللغة وظاهر نصه في صلاة الخوف: أن أقل ما يطلق عليه الطائفة ثلاثة، وكذلك قال أيضاً من أصحابنا الإمام أبو عبد الله محمد بن إبراهيم البوشنجي[١] نقله عنه البيهقي[٢]، وعن الحمشاذي[٣] أيضاً أنه قال: المعروف المجمع عليه أنه اسم الجماعة، وأن الجماعة اسم لما بعد التثنية ثلاثة فصاعداً، ولا يناقض هذا احتجاج الشافعي بخبر الواحد[٤] بالآية، لأن الثلاثة التي يطلق عليها الطائفة من خبر الواحد لا ينتهي خبرهم إلى التواتر اتفاقاً، فهما متفقان، غاية ما في الباب أنه إذا ثبت قبول الثلاثة ولا يفيد إلا الظن، فكذلك خبر العدل الثقة والاثنين، أو يكون قبول الواحد والاثنين مأخوذين من غير الاية، والاية إنما تدل على قبول ما ليس بمتواتر من حيث الجملة.

وقد نص الشافعي رحمه الله في قوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢] على أن أقل ما يستحب حضوره عند جلد الزاني أربعة[٥] وذلك لا يناقض ما تقدم[٦] أيضاً، بل هو على وفقه وإنما شرط أربعة لأنه أقل عدد يثبت به الزنى، والله أعلم.

(١) هو محمد بن إبراهيم العبدي البوشنجي الفقيه الأديب شيخ أهل الحديث في زمانه، توفي بنيسابور سنة ٢٩١هـ. تذكرة الحفاظ ٢/ ٦٥٧، وطبقات السبكي ١/ ٢٨٨.

(٢) البيهقي هو: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، محدث، فقيه، أصولي، له مصنفات منها: السنن الكبرى والصغرى، توفي سنة ٤٥٨هـ. تذكرة الحفاظ ٣/ ١١٣٢، وطبقات السبكي ٣/ ٣، وطبقات الأسنوي ١/ ١٩٨.

(٣) هو: أبو منصور محمد بن عبدالله حمشاذ كان عالماً متكلماً زاهداً عابداً متجنباً لصحبة السلطان وأهل دولته، صنف أكثر من ثلاثمائة مصنف، وكان مجاب الدعوة توفي سنة ٣٨٨هـ. طبقات السبكي ٢/ ١٦٧، وطبقات الأسنوي ١/ ٤٢١.

(٤) فالآية تدل على أن خبر الطائفة تقوم به الحجة واسم الطائفة يطلق على الاثنين والثلاثة كما يطلق على الكثير. الرسالة ص ٣٦٥.

(٥) الإشراف لابن المنذر ٢/ ١٣، ومغني المحتاج ٤/ ١٥٢.

(٦) أي صلاة الخوف.

قاعدة

الخطاب الوارد جواباً عن سؤال سائل يستدعي الجواب، وذلك الجواب غير مستقل بنفسه ولا يصلح أن يكون ابتداء كلام، يتبع السؤال في عمومه وخصوصه[١]، حتى كأن السؤال معاد فيه.

وقسم فخر الدين عدم استقلاله، إما لأمر يرجع إلى اللفظ، كقوله ﷺ وقد سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال: «أينقص الرطب إذا يبس؟» فقالوا: نعم، قال: «فلا إذن»[٢].

وإما يرجع إلى العادة، كما لو قال: تغد عندي، فقال: والله لا، تغديت، فإن اللفظ وإن كان مستقلاً إلا أن العرف اقتضى عدم استقلاله حتى صار مقصوراً على السبب الذي خرج عليه[٣] يعني فلا يحنث إذا تغدى عند غيره.

قلت: هذا هو مذهب مالك وليس مذهبنا، والخلاف مشهور بيننا وبينه فيما لو من عليه غيره بماء نال منه فقال: والله لا أشرب لك ماء من عطش، لا يحنث عندنا بأكل طعامه ولا بلبس ثيابه بل يقتصر مورد اليمين على الماء[٤].

وعند مالك يحنث بالجميع[٥] وهي المسألة المعروفة من قاعدة الشافعي رضي الله عنه بطي بساط اليمين.

قال الشيخ أبو حامد: وأصل الخلاف أن الاعتبار عندنا باللفظ ويراعى عمومه وإن كان السبب خاصاً، وخصوصه وإن كان السبب عاماً[٦].

وعند مالك رضي الله عنه الاعتبار بالسبب دون اللفظ، فمحل الاتفاق في تبعية الجواب السؤال في عمومه وخصوصه إذا كان الجواب غير مستقل، وكذلك هو أيضاً في صيغ الأمر والنهي والإيجاب والنفي، مثل الحديث أنه سئل النبي ﷺ عن رمي الجمار فقال: (ارموا بمثل حصى الحذف[٧])[٨]، فإن الجمار كالمعادة في الجواب.

---

(١) الآمدي ٢/ ٣٤٥، ونهاية السول ٢/ ٣٦٧، وجمع الجوامع ٢/ ٣٧.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) المحصول ١/ ق٣/ ١٨٤-١٨٥.

(٤) الروضة ١١/ ٨١-٨٢.

(٥) بلغة السالك ١/ ٣٣٥.

(٦) الروضة ١١/ ٨٢.

(٧) في جميع النسخ (الخذف) والصحيح لغة ما أثبتناه.

(٨) أخرجه أبو داود ٢/ ٢٠٧، والطبراني في المعجم الكبير ١٨/ ٢٧٣، وابن ماجه ٢/ ١٠٠٢، ورواه أحمد وإسحاق بن راهويه وأبو يعلى في مسانيدهم. انظر نصب الراية ٣/ ٧٥.

وكذلك حديث المقداد[1] رضي الله عنه أنه قال: يا رسول الله أرأيت أن لقيت رجلاً من الكفار فضرب إحدى يدي فقطعها ثم لاذ مني بشجرة فقال: أسلمت لله، فقال النبي ﷺ: لا تقتله الحديث[2] أي في هذه الحالة.

وحديث سعد رضي الله عنه في الوصية: أفأوصي بثلثي مالي؟ قال: (لا) الحديث[3].

وقولهم: أنصلي في مبارك الإبل؟ قال: (لا) قالوا: أنصلي في مرابض الغنم؟ قال: نعم[4]. إلى غير ذلك من الأمثلة الكثيرة؟ ويتخرج على هذه القاعدة صور:

منها: إذا قيل له أطلقت زوجتك؟ فقال: نعم، وكان السؤال على سبيل الاستخبار، كان ذلك إقراراً بالطلاق فإن كان كاذباً فهي زوجته في الباطن، وهو مؤاخذ في الظاهر، ولو قيل له ذلك على سبيل التماس الإنشاء فاقتصر على قوله نعم، فقولان:

أحدهما: أنه كناية لا يقع إلا بالنية.

والثاني: أنه صريح لأن السؤال يعاد في الجواب[5].

ويحكى عن نصه في الإملاء، واختاره المزني، ورجحه ابن الصباغ والروياني[6]، قال بعضهم: وهذا يقدح في حصرهم صرائح الطلاق في لفظ الطلاق والفراق والسراح.

ويمكن الجواب عنه بأن السؤال إذا كان معاداً في الجواب فكأنه قال: طلقتها لكنهم قالوا: لو قال في الجواب: طلقت، فيه وجهان:

أحدهما: أنه كقوله: نعم، فيجري فيه الخلاف.

---

(١) المقداد هو المقداد بن الأسود الكندي، أسلم قديماً وتزوج ضباعة بنت الزبير بنت عم النبي ﷺ وهاجر الهجرتين وشهد بدراً والمشاهد بعدها، توفي في خلافة عثمان سنة ٣٣هـ. الإصابة ٣/ ٤٥٤-٤٥٥.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ٢/ ٩٨.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) نص الحديث كما جاء في صحيح مسلم بشرح النووي ٤/ ٤٨ (أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ أأتوضأ من لحوم الغنم؟...... قال: أصلي في مرابض الغنم؟ قال: (نعم)، قال: أصلي في مبارك الإبل؟ قال: (لا).

(٥) قال السيوطي: الثاني أصح لأن السؤال معاد في الجواب فكأنه قال: طلقتها، وحينئذ لا يقدح في حصرهم ألفاظ الصريح في الطلاق والفراق والسراح. الأشباه والنظائر ص ٢٦٦.

(٦) الروضة ٨/ ١٧٩-١٨٠، والحاوي ١٣/ ٧.

والثاني: ليس بصريح قطعاً، لأن نعم غير مستقل بنفسه فيتعين الجواب[(١)].

وقوله: طلقت، مستقل فكأنه قال ذلك ابتداء، ولو قاله ابتداء واقتصر عليه لم يقع به شيء، وقد نقل الكيا[(٢)] وغيره الخلاف أيضاً في مسألة الاستخبار المتقدمة والصحيح الفرق كما تقدم.

ومنها: لو قيل له ألك زوجة؟ فقال: لا، قال في الإملاء: لا يقع به طلاق وإن نوى، وإنما هوكذب محض، وعليه جرى كثير من الأصحاب فلم يجعلوه إنشاء[(٣)].

قال الرافعي: لا بأس لو فرق بين أن يكون السائل مستخبراً أو ملتمساً إنشاء الطلاق، كما في الصورة السابقة واستشهد بأنه لو قال مبتدأ: لست لي بزوجة، كان كناية على الظاهر، وهل هو صريح في الإقرار أو كناية؟ وجهان[(٤)].

أشبههما أنه كناية، لجواز أن يريد نفي فائدة الزوجات لما بينهما من سوء عشرة، واختار القاضي حسين: أنه صريح، كما لو ادعت أنك نكحتني فأنكر، يحكم أنه لا نكاح بينهما حتى لو رجع وادعى الزوجية لم يقبل[(٥)].

ثم قال الرافعي: أما لو قال له قائل: هذه زوجتك مشيراً إليها فقال: لا، فهذه أظهر في كونه إقراراً بالطلاق[(٦)].

ومنها: لو قال المتوسط للبائع: بعت بكذا، فقال: نعم، وقال المشتري: اشتريت بكذا، فقال: نعم، وجهان، أظهرهما: أنه ينعقد البيع جرياً على القاعدة، ومأخذ الوجه الآخر أن أحداً منهما لم يخاطب الآخر[(٧)]، وهو اختيار الإمام والغزالي[(٨)]، والوجهان

---

(١) الروضة ٨/ ١٨٠.

(٢) الكيا: وهو أبو الحسن عماد الدين علي بن محمد الطبري المعروف بالكيا الهراسي، والكيا معناه الكبير بلغة الفرس، شيخ الشافعية ببغداد كان فصيحاً مليحاً نبيلاً، قدم بغداد ودرس بالنظامية وتخرج به الأصحاب، توفي سنة ٥٠٤هـ. طبقات الأسنوي ٢/ ٥٢٠.

(٣) الروضة ٨/ ١٨٠.

(٤) الروضة ٨/ ١٨٠.

(٥) وبه قطع البغوي. الروضة ٨/ ١٨٠.

(٦) الروضة ٨/ ١٨٠.

(٧) اختار الأول الرافعي وصاحب التهذيب والروياني، واختار الثاني المتولي. فتح العزيز ٨/ ١٠٥، والمجموع ٩/ ١٧٠.

(٨) لم تذكر المراجع التي اطلعت عليها نسبة هذا الرأي إلى الإمام والغزالي، لكن السيوطي قال في الأشباه والنظائر ص ٤٩٤: (قد صرح بالبطلان وقوعها في جواب بعتك العبادي في الزيادات والإمام ناقلاً عن الأئمة).

جاريان في النكاح أيضاً[١].

وقال الرافعي: لو فرق بينهما فجعل الأصح في البيع الانعقاد وفي النكاح المنع كان مناسباً، لما قيل من الخلاف فيما إذا قال زوجتها منك، قال: قبلت، ولم يقل نكاحها ولا تزويجها[٢].

ومنها: لو قالت أبِنّي بألف، فقال: أبنتك، ونوى الزوج به الطلاق دونها، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يقع الطلاق لأن كلامه جواب على سؤالها فكأن المال معاد في الجواب، وهي لم يوجد منها القبول لعدم نية الفراق، وهو إنما رضي بعوض، وذكر الإمام أنه الأصح.

والثاني: أنه يقع الطلاق رجعياً ويحمل ذلك على ابتداء خطاب منه لأنه مستقل بنفسه، ورجحه البغوي في التهذيب[٣].

ومنها: مسائل الإقرار كلها إذا قال: لي عندك كذا، قال: نعم، أوليس عليك كذا؟ فقال: بلى، أو قال: أجل في الصورتين، فإن ذلك كله إقرار بما سأله عنه، ولو قال: لي عليك مائة، فقال: إلا درهما، ففي كونه مقراً بما عدا المستثنى وجهان حكاهما الرافعي، أصحهما عدم اللزوم، والله أعلم.

قاعدة

أما إذا كان الجواب مستقلاً بنفسه وهو أعم من السؤال، فالذي اختاره المتأخرون أن **العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب**[٤]، وقال أبو الحسين بن القطان من أصحابنا

---

(١) الروضة ٧/ ٣٩.

(٢) الروضة ٧/ ٣٧.

(٣) ذكر الوجهين في الروضة ٧/ ٤١٧ دون أن ينسبهما لأحد.

(٤) في هذه المسالة خمسة أقوال:

١- قصر الجواب على السبب، قال به الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ وسليم الرازي وحكاه ابن برهان عن المزني وأبي ثور والقفال والدقاق وهو محكي عن أبي الحسن الأشعري وابن الفرج المالكي وحكاه الجويني في البرهان عن أبي حنيفة، نقل هذا المذهب عن الإمام مالك.

٢- حمله على عمومه، وإليه ذهب الجمهور، قال به الشافعي واختاره أبو بكر الصيرفي وابن القطان وأبو إسحاق الشيرازي والكيا الطبري والقفال الشاشي، وحكاه الأستاذ أبو منصور عن أكثر الشافعية والحنفية، وحكاه الباجي عن أكثر المالكية.

٣- الوقف، حكاه القاضي في التقريب. =

في كتابه في أصول الفقه: قد كان أصحابنا على الإطلاق يقولون في الخطاب إذا خرج على سبب إنه يقتصر به على سببه، وكان أبو علي يقول: إن كان الشارع ذكر السبب في الحكم، اقتصر به عليه، وإن لم يكن السبب إلا في كلام السائل فالجواب على عمومه، وكأنه يريد ابن أبي هريرة.

وقال إمام الحرمين: الذي يصح عندنا من مذهب الشافعي رحمه الله اختصاص الصيغة بسببها[1] ثم قال بعد ذلك: أما إذا كان لفظ الشارع مستقلاً بحيث لو قدر نطقه به ابتداء لكان ذلك ابتداء شرع وافتتاح تأسيس، فالذي نرى القطع به التعليق بمقتضى الصيغة في أصل اللسان، وهذا هو اختيار الغزالي في كتبه[2] والشيخ أبي إسحاق والشيخ أبي حامد الإسفراييني وأبي بكر الصيرفي وابن القطان[3]، وفي كون ما ذكر من القصر على السبب مذهباً للشافعي رحمه الله نظر، لأنه احتج في الظهار بالآية[4]، وبين أنها نزلت في أوس بن الصامت[5] حين ظاهر من امرأته خولة بنت مالك، ثم قال: فكل زوج جاز طلاقه وجرى عليه الحكم يجري عليه حكم الظهار، حراً كان أو عبداً أو ذمياً، دخل بامرأته أو لم يدخل، يقدر على جماعها أو لم يقدر[6]، هذا لفظه، فأعمل الآية في عمومها مع ورودها على سبب خاص، وكذلك فعل في اللعان مع وروده في قصة عويمر العجلاني[7] ونزلت الآيات[8] بسببه.

= ٤- التفصيل بين أن يكون السبب هو سؤال سائل فيختص به وبين أن يكون السبب مجرد وقوع حادثة كان ذلك القول العام وارداً عند حدوثها فلا يختص بها، كذا حكاه عبد العزيز في شرح البزدوي.
٥- إنه إن عارض هذا العام الوارد على سبب عموم آخر خرج ابتداء بلا سبب، فإنه يقصد على سببه وإن لم يعارضه فالعبرة بعمومه. البحر المحيط ٣/ ٢٠٢-٢١٠.

(١) المحصول ١/ ق٣/ ١٨٩، ونهاية السول ٢/ ٣٦٩ و ٤٧٩.

(٢) كالمستصفى ٢/ ٥٨.

(٣) إرشاد الفحول ١٣٤.

(٤) وهي قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمۡ﴾ [المجادلة: ٢].

(٥) أوس بن الصامت بن قيس الخزرجي الأنصاري شهد بدراً والمشاهد، كانت تحته بنت عمه خولة بنت مالك وهو أول من ظاهر في الإسلام، توفي أيام عثمان رضي الله عنه وقيل سنة ٣٤هـ. الإصابة ١/ ٨٥-٨٦ و٤/ ٢٨٩.

(٦) الأم ٥/ ٢٩٣-٢٩٤.

(٧) عويمر هو ابن أبي أبيض العجلاني وقيل عويمر بن الحارث بن جابر العجلاني وأبيض لقب لأحد آبائه. الإصابة ٣/ ٥٤.

(٨) قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ... إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٩﴾ [النور: ٦-٩].

وروى قصة عبد بن زمعة[١] في الوليدة، وقوله ﷺ فيها: «الولد للفراش»[٢] فأعمله في كل مولود ولد على فراش الرجل ولم يخصه بالسبب الوارد عليه.

وذكر فخر الدين أن الوهم دخل على من نقل هذا عن الشافعي رحمه الله من هذه القصة، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه لما قصر هذا اللفظ على الزوجة وقال إن الأمة لا تصير فراشاً بالوطء، ولا يلحقه الولد حتى يعترف به، واعترض الشافعي عليه بأن الحديث ورد على سبب خاص وهي الأمة لا الزوجة، فتوهم عليه أنه يقصر العام على سببه، وليس ذلك مراده بل قصده أن السبب الذي ورد عليه العام مقطوع بدخوله فيه[٣]، وأشار في كتاب الرسالة[٤] إلى حديث «الخراج بالضمان»[٥] وأعمله في عمومه مع وروده في سبب خاص، وهو الذي اشترى العبد واستغله ثم أراد رده[٦]، وأصرح من هذا كله ما نص عليه في كتاب الأم في باب ما يقع به الطلاق وهو بعد طلاق المريض فإنه قال: ولا يصنع السبب شيئاً إنما تصنعه الألفاظ، لأن السبب قد يكون ويحدث الكلام على غير السبب، ولا يكون مبتدأ الكلام الذي حكم، فإذا لم يصنع السبب بنفسه شيئاً لم يصنعه بما بعده، ولم يمنع ما بعده أن يصنع ما له حكم، إذا قيل[٧] هذا نصه بحروفه وهو صريح في أن السبب لا يخص به العام الوارد بعده، والذي تعلق به إمام الحرمين القصر على السبب من كلامه أنه قصر قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية على السبب الذي نزلت فيه من تحريمهم البَحيرة[٨] والسائبة[٩] وما أحل الله، فكان حصر الآية للرد عليهم في

---

(١) عبد بن زمعة بن قيس أخو سودة أم المؤمنين ثبت خبره في الصحيحين أسلم يوم الفتح. الإصابة ٢/ ٤٣٣.

(٢) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٤/ ٢٩٣ و ٤١١، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٠/ ٣٧.

(٣) نهاية السول ٢/ ٤٧٩-٤٨٠.

(٤) الرسالة: أول كتاب صنف في أصول الفقه، صنفه الشافعي مرتين، الأولى في بغداد، والثانية في مصر، وسميت بالرسالة لإرساله إياها لعبد الرحمن بن مهدي، وقد حققها أحمد محمد شاكر سنة ١٣٠٩هـ، وطبعتها دار الفكر.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) الرسالة ٥٥٦.

(٧) الأم ٥/ ٢٧٦.

(٨) البحيرة: هي التي يمنع درها للطواغيت فلا يحتلبها أحد من ا لناس، وقيل: الناقة المشقوقة الأذن، وقيل: هي التي خليت بغير راع. القرطبي ٦/ ٢١٦، ولسان العرب ١/ ١٦٥.

(٩) السائبة: الناقة التي كانت تسيب في الجاهلية لنذر، أو لأنها ولدت عشرة أبطن كلها إناث، وقيل: هي التي كانوا يسيبونها لآلهتهم، وقيل: هي المخلاة لا قيد عليها ولا راعي لها.
القرطبي ٦/ ٢١٦-٢١٧، ومعجم لغة الفقهاء ٢٣٧.

تحريمهم ما لم يحرمه الله، وتحليلهم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به، فكان سَمْتهم بخالف وضع الشرع، وكان الغرض إبانة كونهم على مُضادة الحق، فكأنه قال: الإجرام ما احللتموه، والغرض الرد عليهم فقط[1].

ويمكن الجواب عن هذا: بأن الإمام الشافعي رضي الله عنه إنما قصر هذه الآية على سببها، لما وردت السنة بمحرمات كثيرة، كالحمر الأهلية[2]، وكل ذي ناب من السباع[3]، ودلت الآية الأخرى على تحريم الخبائث[4] فجمع الشافعي رضي الله عنه بين الأدلة كلها بأن قصر آية الأنعام على سببها[5].

وكذلك فعل أيضاً في قوله ﷺ: (إنما الربا نسيئة)[6]، أشار إلى أنه ورد على سبب خاص[7] خرج هكذا عليه، قال أبو الحسين بن القطان: إنما فعل هذا لأنه عارضه أحاديث أخر تقتضي تحريم ربا الفضل، ولم تكن خرجت على أسباب وكان هذا خرج على سبب فقصره عليه للجمع بين الأدلة[8]، فتبين بهذا كله، أن مذهب الشافعي رضي الله عنه أن العام الوارد على سبب خاص لا يقصر فيه على سبب إلا إذا عارضه غيره، ولم يكن الجمع بينهما إلا بقصر العام على سببه، ومن فروع هذه القاعدة، مسألة العرايا[9] وأنها هل تختص بالفقراء أم لا؟ فإن اللفظ عام، وقيل إنه ورد على سبب وهو الحاجة، وفي المذهب خلاف في ذلك، والأصح أنها لا تختص بناء علىالراجح أن العبرة بعموم اللفظ دون قصره على سببه[10]، والله أعلم.

---

(١) العبارة: (وتحليلهم الميتة والدم... الغرض الرد عليهم فقط) سقطت من ج، والسَّمْتُ: الطريق الواضح، والمذهب.

(٢) عن ابن عمر رضي الله عنهما: (نهى النبي ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر). صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٩/ ٦٥٣.

(٣) عن أبي ثعلبة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع. صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٩/ ٦٥٧.

(٤) الاعراف/ ١٥٧ قوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾.

(٥) الأم ٢/ ٢٦٦-٢٦٧، والرسالة ٢٠٦-٢٠٧ و ٢٣١.

(٦) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٤/ ٣٨١ بلفظ (لا ربا إلا في النسيئة)، وصحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ٢٥.

(٧) مختصر المزني بشرح الحاوي ٦/ ٨٦.

(٨) انظر هذه الأحاديث في صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٤/ ٣٧٨ وما بعدها، وصحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ٩ وما بعدها.

(٩) العرايا: أن يشتري رجل من آخر ما على نخلته من الرطب بقدر من التمر تخميناً ليأكله أهله رطباً. الروضة ٣/ ٥٦٠، ومعجم لغة الفقهاء ٣٠٨.

(١٠) الحاوي ٦/ ٢٦٣، والروضة ٣/ ٥٦٢، والمجموع ١١/ ٢٤.

الذي اتفق عليه الأصحاب أن جمع المذكر السالم وضمائر الجمع المختصة بالذكور نحو: فعلوا، وافعلوا، مما يدخل فيه النساء عند إرادتهن مع الرجال على وجه التغليب، لا يندرج فيه النساء ظاهراً في ألفاظ الكتاب والسنة إلا أن يقوم دليل خاص في ذلك الموضع بأن الحكم شامل للجميع[١].

وخالف فيه جمهور الحنفية والحنابلة فقالوا بدخولهن ظاهراً[٢]، وهو الصحيح من مذهب مالك[٣] رضي الله عنه، وعلى ذلك بنى أصحابنا خروج النساء من خطاب الجهاد والجمعة والإمامة في الصلاة وأشباه ذلك، ولا سهم لهن في الجهاد وإن قاتلن، بل يرضخ لهن إذا حضرن، ولا يشهدن إلا في الأموال خاصة، وما لا يطلع عليه إلا النساء[٤].

والصحيح أن الأم لا تلي مال ولدها كما يليه الأب لأن قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ﴾ [النساء: ٥] خطاب للذكور ولا يندرج فيه النساء إلا بدليل[٥]، وقال الإصطخري: إنها تلي ذلك بعد الأب والجد[٦]، وصححه الشيخ أبو محمد في بعض كتبه، وبه أفتى الروياني، لقوله ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[٧].

وكذلك استثنوا أمان المرأة الخاص لبعض أهل الحرب فإنه ينفذ، لا لدخولها في قوله ﷺ: «يجير على المسلمين أدناهم»[٨] بل لتنفيذه أمان أم هانىء[٩] رضي الله عنها

---

(١) الآمدي ٢/ ٣٨٦، ونهاية السول ٢/ ٣٦٠.

(٢) أصول السرخسي ١/ ٢٣٤، وكشف الأسرار ١/ ٢٤١، ومسلم الثبوت ١/ ٢٧٣.

(٣) إحكام الفصول ١٤٦، ومنتهى الوصول ٢/ ١٢٤-١٢٥.

(٤) الحاوي ٢/ ٤١٢ و ٣/ ٣-٦ و ١٨/ ١٢٥-١٢٦.

(٥) فتح العزيز ١٠/ ٢٩١, والمجموع ١٣/ ٤٤٥, والروضة ٤/ ١٨٧.

(٦) المصادر السابقة.

(٧) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٩/ ٥٠٧، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٢/ ٧. تقدم تخريج هذا الحديث.

(٨) جزء من حديث أخرجه الإمام أحمد بن حنبل ٤/ ١٩٧، وابن ماجه ٢/ ٨٩٥، وأبو داود والحديث بتمامه: «عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: يد المسلمين على من سواهم تتكافأ دماؤهم وأموالهم ويجير على المسلمين أدناهم ويرد على المسلمين أقصاهم».

(٩) أم هانىء هي: بنت أبي طالب عم النبي ﷺ اسمها فاختة زوجها هبيرة بن عمر عاشت بعد علي الإصابة ٤/ ٥٠٣.

يوم فتح مكة الرجلين اللذين استجارا بها[١] وتنفيذه ﷺ أمان ابنته زينب رضي الله عنها لأبي العاص بن الربيع[٢] رضي الله عنه[٣].

وكذلك قطعوا بأنه يجب على الأم نفقة أولادها إذا كانت موسرة، كما يجب ذلك على الأب، لدليل خاص، وهو شمول معنى البعضية المقتضية لوجوب النفقة على الابن لها كما هي في الأب، كما يجب نفقتها على الولد أيضاً.

وكذلك اشتركا أيضاً في رد الشهادة من الطرفين، والعتق عند الملك، وأما تقديم الأم في حضانة الولد فلمعنى خاص قائم بها وهو الشفقة والحنو المقتضيان لكمال التربية، والله أعلم.

فائدة

ويتصل بذلك الكلام في الخنثى وما ينفرد به من الأحكام، والمراد به الخنثى المشكل الذي لم تقم به علامة تلحقه بأحد الصنفين من الذكور والإناث[٤]، وحيث أطلق الأصحاب الخنثى فإنما يريدون به هذا، إلا في موضع واحد وهو قولهم في باب الخيار في النكاح: وإنْ وجد أحد الزوجين الآخر خنثى ففي ثبوت الخيار قولان[٥]، فإن المراد به الأعم من المشكل والمتضح، فالخلاف جار في كل منهما، وقاعدة المذهب فيه أنه إما رجل وإما امرأة، وليس قسماً ثالثاً، فإذا لم يتبين من أحد أي الصنفين هو يؤخذ بالاحتياط في كل حكم بحسبه وبيانه بصور:

منها: أنه حيث يشك في انتقاض وضوئه كما إذا مس أحد فرجيه أو لمس رجلاً فتوضأ، أو اغتسل في مثل ذلك ففي مصير الماء مستعملاً وجهان، كالمستعمل في نفل الطهارة[٦].

---

(١) عن أم هانىء قالت: أجرت رجلين من أحمائي فقال رسول الله ﷺ: «قد أمّنا من أمّنت».
وقال هذا حديث حسن والعمل على هذا عند أهل العلم، وأحمد ٦/ ٣٤١، والطبراني في المعجم الصغير ٢/ ٦٧ وفي رواية: استجارها رجل واحد. صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١/ ٤٦٩ و ١٠/ ٥٥١.

(٢) هو أبو العاص بن الربيع كان قبل الهجرة يكثر من زيارة رسول الله ﷺ فزوجه ابنته زينب أكبر بناته، وهي من خالته خديجة، أسلم بعد الهجرة، وتوفي في خلافة أبي بكر سنة ١٢هـ الإصابة ٢/ ١٢١-١٢٣.

(٣) سيرة ابن هشام ٢/ ٣٦٥-٣٦٦.

(٤) هذه المسألة يمكن حسمها اليوم بفضل التقدم العلمي الكبير، وذلك بإجراء التحليل والأشعات وما إلى ذلك من الوسائل التي تميز الذكر من الأنثى لو وجد.

(٥) قال في الروضة ٧/ ١٧٨: (وأظهرهما المنع لأنه لا يفوت مقصود النكاح). الحاوي ١١/ ٤٦٦.

(٦) المجموع ٢/ ٥٠.

ومنها: في ختانه وجهان، قال أبو الفتوح[(١)(٢)]: يختن في فرجيه جميعاً لأن أحدهما واجب ولا يتوصل إليه إلا بهما[(٣)]. وفيمن يختنه كلام كثير معروف[(٤)].

وقال البغوي في التهذيب: لا يختن لأن الجرح على الإشكال لا يجوز، قال النووي رحمه الله: وهو الأظهر المختار[(٥)].

ومنها: أن لحيته يجب غسل ما تحتها كلحية المرأة، ولا يستحب حلقها ولا نتفها كما في لحية المرأة، لاحتمال أنه رجل[(٦)].

ومنها: إذا خرج من أحد قبليه بول ففيه ثلاثة طرق، أشهرها وهو الذي قطع به الجمهور أنه كالمنفتح تحت المعدة مع انفتاح الأصلي لاحتمال أنه زائد[(٧)]، وقطع أبو علي السنجي بالانتقاض[(٨)]، وقطع الماوردي: بأنه لا ينتقض استصحاباً لحكم الطهارة[(٩)].

ومنها: أنه لايجزئه الاستجمار بالحجر في قبله على الأصح، وقيل فيه وجهان[(١٠)].

ومنها: لو أولج في فرج، أو أولج رجل في قبله، لم يتعلق بذلك حكم الوطء، فلو أولج في امرأة أو أولج رجل في قبله وجب الغسل على الخنثى، ويبطل صومه وحجه، لأنه إما رجل أولج أو امرأة وطئت، ولا كفارة عليه في الصوم إذا قلنا: لا يجب على

---

(١) أ: أبو الفرج، وفي ج: أبو الفتح، والصحيح ما أثبتناه، وسأثبته أبو الفتوح حيثما ورد دون الإشارة إلى فوارق النسخ وهي عبارة النووي في المجموع ١/ ٣٠٤.

(٢) هو القاضي أبو الفتوح عبد الله بن محمد بن علي البغدادي اليمني له أولاد وأحفاد أئمة فضلاء، انتفع به كثير من علماء اليمن، قال عنه النووي: هو من فضلاء أصحابنا المتأخرين، له مصنفات حسنة من أغربها وأتقنها «الخناثى» لم يذكر المترجمون تاريخ وفاته. طبقات السبكي ٥/ ٢٣٧، وطبقات الأسنوي ٢/ ٢٥٨.

(٣) المجموع ١/ ٣٠٤.

(٤) إذا كان الخنثى صغيراً ختنه الرجال والنساء أما إذا كان كبيراً فإن استطاع أن يختن نفسه ختنها وإلا اشترى له جارية تختنه، فإذا لم توجد جارية تحسن ذلك ختنه الرجال والنساء للضرورة. المجموع ١/ ٤٠٤.

(٥) المجموع ١/ ٣٠٤.

(٦) الروضة ١/ ٥١-٥٢، والمجموع ١/ ٣٧٧.

(٧) المجموع ٢/ ١٠.

(٨) المجموع ٢/ ١٠.

(٩) الحاوي ١/ ٢٣٩.

(١٠) الحاوي ١/ ١٩٧، والمجموع ٢/ ١٠، وقطع الماوردي بعدم الجواز.

المرأة كفارة، ويستحب إخراجها احتياطاً[1]، وكذلك في كل أحكامه حيث لا يترتب عليه شيء للشك.

قال البغوي: وكل موضع لا يجب الغسل فيه على الخنثى لا يبطل صومه ولا حجه، ولا يجب على المرأة التي أولج فيها عدة ولا مهر لها، ولو أولج ذكره في دبر رجل ونزعه لزمه الوضوء، لأنه إن كان رجلاً فالغسل عليهما، وإن كان امرأة فقد لمست رجلاً وخرج من دبر الرجل شيء فغسل أعضاء الوضوء واجب، والزيادة مشكوك فيها، والترتيب في هذا الوضوء واجب لتصح الطهارة، وقيل لا يجب[2].

قال النووي رحمه الله وهو غلط[3]، أما إذا أولج خنثيان كل واحد في فرج صاحبه، فلا شيء على واحد منهما لاحتمال زيادة الفرجين، ولو أولج كل واحد في دبر الآخر لزمهما الوضوء بالإخراج ولا غسل لاحتمال أنهما امرأتان.

ومنها: إذا أمنى الخنثى من فرجيه لزمه الغسل، وأما من أحدهما فقط، فقيل: يجب، وقيل: وجهان، وحكى البغوي عن ابن سريج: أنه إذا أمنى من الذكر وحاض من الفرج وحكمنا بإشكاله وبلوغه لم يجز له ترك الصلاة والصوم لذلك الدم، لجواز أنه رجل، ولا يمس المصحف ولا يقرأ في غير الصلاة، فإذا انقطع الدم اغتسل لجواز كونه امرأة، ولو أمنى من الذكر اغتسل ولا يمس المصحف ولا يقرأ حتى يغتسل[4]، ثم قال البغوي: القياس أنه لا يجب الغسل بانقطاع الدم ولا يمنع المصحف والقرآن كما لا يترك الصلاة لذلك الدم، فإن أمنى معه وجب، كما لا يجب الوضوء لمس أحد فرجيه، ويجب بهما جميعاً، وما ذكره ابن سريج احتياطاً[5].

قال القاضي أبو الفتوح: لا يجب الغسل بخروج الدم من الفرجين وإن استمر يوماً وليلة لاحتمال أنه رجل، وهذا فساد، بخلاف المني من الفرجين لأنه لا يكون فاسداً[6].

ومنها: ما يتعلق بالستر، قال البغوي وغيره: لو صلى مكشوف الرأس صحت

---

(١) الحاوي ١/ ٢٣٩، والمجموع ٢/ ١٠.
(٢) المجموع ٢/ ٥١.
(٣) المصدر السابق.
(٤) المجموع ٢/ ٥١.
(٥) المجموع ٢/ ٥١.
(٦) المجموع ٢/ ٥١.

صلاته، وقال أبو الفتوح: يجب عليه ستر جميع البدن، فإن كشف بعضها مما سوى عورة الرجل أمر بستره، فإن لم يفعل وصلى كذلك، لم تلزمه الإعادة للشك[1].

ومنها: أنه لا يجهر بالقراءة في الصلاة ولا يؤم رجلاً ولا خنثى، ولا جمعة عليه بالاتفاق، ويحرم عليه لبس الحرير وحلي النساء، قال أبو الفتوح: وكذلك أيضاً حلي الرجال للشك في إباحته[2].

ومنها: إذا مات، فإن كان له قريب من المحارم غسله وإلا فأوجه، أصحها: يغسله الأجانب من الرجال أو النساء للضرورة، استصحاباً لما كان في الصغر، وقال ابن الصباغ والمتولي: هو كرجل لم تحضره إلا الأجنبية أو امرأة لم يحضرها إلا أجنبي فيُيَمم على أحد الوجهين ويغسل من فوق ثوب على الثاني[3]، ومنهم من قطع بهذا الثاني للضرورة.

ومنها: يستحب تكفينه في خمسة أثواب كالمرأة، وإذا مات محرماً، قال البغوي: لا يخمر رأسه ولا وجهه احتياطاً فيهما[4].

وقال النووي رضي الله عنه: إن أراد وجوب ذلك فهو مشكل، وينبغي أن يكفي كشف أحدهما[5].

ومنها: إذا صلى على جنازة لا يسقط به الفرض على الصحيح، وليس له الاعتكاف في مسجد بيته. وإن جوزناه للمرأة[6]، ويتأخر في حمل الجنازة والدفن عن الرجال ويتقدم على النساء[7].

ومنها: أنه لا يلزمه الحج إلا إذا كان له محرم من الرجال والنساء كأخيه أو أخوات يخرجن معه، ولا أثر للأجنبيات الثقات فإنه لا يجوز له الخلوة بهن، وإذا أحرم فستر رأسه أو وجهه لم تجب فدية، فإن سترهما وجبت، وكذلك إذا لبس المخيط وستر وجهه، وإن لبسه وستر رأسه لم تجب، لاحتمال أنه امرأة، ويستحب له تجنب ذلك،

---

(١) قال النووي: في وجوب الإعادة وجهان. المجموع ٢/ ٥١، والأشباه والنظائر للسيوطي ٤١٩.
(٢) المجموع ٢/ ٥٢.
(٣) المجموع ٢/ ٥٢.
(٤) المجموع ٢/ ٥٢، والروضة ٢/ ١١١.
(٥) المجموع ٢/ ٥٢.
(٦) قال النووي: وفيه احتمال لأبي الفتوح. المجموع ٢/ ٥٢.
(٧) المصدر السابق.

وأن يفدي فيه احتياطاً كما تقدم[1]، وحكمه في رفع الصوت في التلبية والرمل والاضطباع والسعي والحلق حكم المرأة، ويطوف متباعداً عن الرجال والنساء.

ومنها: لو أولج فيه البائع أو المشتري أو الراهن أو المرتهن أو الغاصب لم يترتب عليه حكم الوطء من الفسخ أو الإجارة أو المهر وغير ذلك، فإن اختار الأنوثة بعد ذلك تعلق بالوطء السابق الحكم[2].

ومنها: إذا وكل في نكاح أو طلاق، قال النووي رحمه الله: لم أر فيه نقلاً، وينبغي أن يكون كالمرأة للشك في أهليته[3].

ومنها: أنه لا يدخل في الوقف على البنين ولا على البنات ويدخل في الوقف عليهما على الصحيح[4]، وفيه وجه، ويدخل في الوقف على الأولاد، فلو شرط الواقف تفضيل الذكر على الأنثى فينبغي أن يؤخذ فيه بالأحوط كما في الميراث[5].

ومنها: لو أوصى بعتق أحد رقيقه دخل فيه الخنثى على الصحيح، وفيه وجه[6]، وحيث أوجبنا الذكر من الحيوان يجزىء الخنثى على الصحيح، وفيه وجه لقبح صورته، وأنه يعد ناقصاً.

ومنها: أنه يورث اليقين هو ومن معه، ويوقف ما يشك فيه.

ومنها: لو قال له سيده: إن كنت ذكراً فأنت حر، قال البغوي: إن اختار الذكورة عتق أو الأنوثة فلا، وإن مات قبل الاختيار فكسبه لسيده لأن الأصل رقه، قال: ويقرع، فإن خرج سهم الحرية فهو موروث، وإن خرج سهم الرق فهو لسيده[7].

ومنها: أنه يحرم على الرجال والنساء النظر إليه إذا كان في سن يحرم النظر فيه إلى الواضح أخذاً بالاحتياط.

ومنها: أنه لا يثبت له ولاية النكاح ولا ينعقد بشهادته ولا بعبارته، ولو ثار له لبن لم تثبت به أنوثته على المذهب، فإن رضع منه صغير توقف في تحريمه.

---

(١) ص ٦٤٦.

(٢) نسب النووي هذا الرأي للبغوي. المجموع ٢/ ٥٣، والاضطباع: التأبطُّ بالثوب ونحوه.

(٣) المجموع ٢/ ٥٣.

(٤) الروضة ٥/ ٣٣٥-٣٣٦.

(٥) المجموع ٢/ ٥٣.

(٦) المجموع ٢/ ٥٣.

(٧) المجموع ٢/ ٥٣.

قالَ النووي: وأما حضانته وكفالته بعد البلوغ فلم أر فيه نقلاً، وينبغي أن يكون كالبنت البكر، حتى يجيء في جواز استقلاله وانفراده عن الأبوين إذا شاء وجهان[1].

ومنها: أن ديته دية امرأة، فإن ادعى وارثه أنه كان رجلاً صدق الجاني بيمينه، ولا يتحمل الدية مع العاقلة، ولا يقبل في القتال إلا حيث تقبل المرأة، وإذا أسر لم يقتل إلا إذا اختار الذكورة، ولا سهم له في الغنيمة وإن قاتل كالمرأة بل يُرضخ، ولا تؤخذ منه جزية ما لم يختر الذكورة، ولا يكون إماماً ولا قاضياً ولا يثبت بشهادته إلا ما يثبت بشهادة المرأة وعددها[2]، ووراء ذلك فروع أخر يطول بها الكلام وفيما ذكرنا كفاية، والله أعلم.

قاعدة

الخطاب بالناس وبالمؤمنين ونحوهما يشمل العبيد عند أصحابنا وجمهور العلماء، وخالف في ذلك طائفة يسيرة[3]، وقال أبو بكر الرازي من الحنفية: يدخل في عموم ما هو حق لله تعالى دون ما هو حق للعباد[4]، فعلى قول أصحابنا والجمهور لا يخرج العبد من الأحكام إلا بدليل خاص يقوم بذلك الموضع، وقد يكتفى بالأدلة العامة المقتضية لنقص الرقيق عن الحر كقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [النساء: ٢٥]، وقوله ﷺ: «الجمعة واجبة إلا على أربعة»[5] وذكر منهم العبد، أو المقتضية لتنصيف ما يترتب على الحر كقوله تعالى: ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] فيطرد هذا المعنى في المواضع التي تخصصت بالعبد، وخرج من العموم بسببها فكل ما لا يبنى على فضيلة ولا يقبل التبعيض فالعبد كالحر وهو باق على اندراجه في عموم الأحكام كالصلاة والصوم وشروطهما والأيمان والظهار والكفارات البدنية واللعان والإيلاء ومدته والعنة ومدتها والقصاص والقطع في السرقة والمحاربة وما أشبه ذلك، والذي خرج منه أقسام:

---

(١) المجموع ٢/ ٥٢-٥٣.

(٢) المجموع ٢/ ٥٤، ومعنى يُرْضَخ: يعْطَى قليلاً من المال.

(٣) المحصول ١/ ق٢/ ٢٠١، والآمدي ٢/ ٣٩٣، وإرشاد الفحول ١٢٨.

(٤) المصادر السابقة، ومسلم الثبوت ١/ ٢٧٦.

(٥) الحديث عن طارق بن شهاب عن النبي ﷺ قال: «الجمعة حق واجب على كل مسلم في جماعة إلا أربعة: عبد مملوك، أو امرأة، أو صبي، أو مريض». سنن أبي داود ٣/ ٢٧٩، ونصب الراية ٢/ ١٩٨، وقال النووي في المجموع ٤/ ٤٨٣: رواه أبو داود بإسناد صحيح على شرط البخاري، وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ٦٠٣: صححه غير واحد.

ما ينبى على الفضيلة والكمال فلا تجب عليه الجمعة ولا يتم به العدد، ولكن لو صلاها أجزأت عنه، ولا يجب على الأمة أن تصلي بسترة الحرة، بل تصح صلاتها مكشوفة الرأس، ولا تجب عليه زكاة إلا زكاة الفطر على أحد الوجهين أن الوجوب يلاقي المؤدى عنه أولاً ثم يتحمله المؤدِّي[1] وتظهر فائدتهفيما إذا لم يخرج السيد عنه ثم أعتق العبد أنه يخرج عن ما مضى، ولا يجب عليه الحج ولا العمرة، ولا يجزئه ما أتى به منهما في حال الرق عن فرض الإسلام إذا أعتق بعد ذلك، وإذا نذر الحج ثم حج وهو رقيق لم يجزئه ذلك على المنصوص عن نذره، وخرج ابن القاص قولاً إنه يجزئه كما[2] إذا أفسد الصبي حجه، وقلنا: يجب عليه القضاء فقضاه في زمن الصِّبا فإنه يجزئه على قول[3].

ولا تجوز شهادة العبد والأمة بحال، نعم إذا قلنا: إنَّ قبول الواحد في هلال رمضان يسلك به مسلك الأخبار فيقبل فيه قول العبد الموثوق به، وكذلك المسمع للقاضي الذي به صمم إذا قلنا إنَّ العدد ليس شرطاً فيه ولا يشترط الإتيان بلفظ الشهادة، وفي جواز كونه عبداً وجهان كما تقدم في هلال رمضان، والأصح خلاف ذلك فيهما[4].

وقطع القفال في شرح التلخيص: بجواز أن يكون العبد مسمعاً ولا يجوز أن يكون تُرجُماناً ولا قائفاً ولا مقوماً ولا خارصاً ولا قاسماً وإن قلنا إنه يجوز قاسم واحد، لأن ذلك كله يجري مجرى الحكم، وكذلك لا يجوز أن يكون أميناً لحاكم ولا إماماً للمسلمين في شيء من أمورهم العامة، ولا قيماً على يتيم ولا وصياً ولا ولياً في النكاح ولا وكيلاً لولي، ويجوز أن يكون وكيلاً في قبوله لصحة ذلك منه لنفسه، ولا يقتص له من حر ولا ممن بعضه حر، ويقتص له من المكاتب لأنه عبد ما بقي عليه درهم، والصحيح أنه لا يجوز أن يكون كاتباً للحاكم[5].

---

(١) والوجه الثاني: تجب على المؤدي ابتداء ولا يلاقي الوجوب المؤدى عنه، قال إمام الحرمين: وقال طوائف من المحققين: هذا الخلاف إنما هو في فطرة الزوجة فقط، فأما فطرة المملوك والقريب فتجب على المؤدي ابتداء بلا خلاف لأن المؤدى عنه لا يصلح للإيجاب. الحاوي ٤/ ٣٨٠، والروضة ٢/ ٢٩٤، والمجموع ٦/ ١٢٣.

(٢) الأصح يجزئه. المجموع ٧/ ٥٥، والروضة ٣/ ١٧٨.

(٣) المجموع ٧/ ٣٥، والروضة ٣/ ١٢٣.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٩٧-٣٩٨.

(٥) المصدر السابق ٣٩٨.

وقال القفال في شرح التلخيص: يجوز ذلك لأن الكتابة لا يتعلق بها حكم لأن القاضي لا يمضي ما كتبه حتى يقف عليه، والمعتمد إنما هو شهادة الشهود الذين يشهدون بما تضمنه المكتوب[١].

وخرج عن هذا شيئان:

أحدهما: جواز روايته وقبولها إذا كان ثقة في دينه فكأنهم اغتفروا ذلك لما فيها من المصلحة العامة بخلاف الشهادة فإنها خاصة، وكان ينبغي أن يكون امتناع قبول روايته أولى لأنها لما تضمنت شرعاً عاماً كانت الفضيلة فيها أعلى.

وثانيهما: جواز إمامته في الصلاة لأنه مكلف كالمأمومين لكن الحر أولى منه وكذلك في الإمامة على الجنازة[٢]، والله أعلم.

القسم الثاني

ما يترتب على كونه لا يملك وهو القول الجديد[٣]، بدليل قوله ﷺ: «من باع عبداً فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»[٤] فإنه يقتضي أن ما في يده يكون مملوكاً للسيد وتكون الإضافة فيه إلى العبد للاختصاص لا للملك، للجمع بين مدلولي الحديث.

والقديم[٥]: إنه يملك بتمليك السيد، ولكنه ملك ضعيف لا تجب عليه فيه الزكاة وللسيد انتزاعه منه إذا شاء، وليس له أن يهبه ولا يتصرف بشيء فيه من أنواع التصرف. وعلى الجديد الصحيح لا يعطى من الكفارات والزكوات شيئاً لأن ما يدخل في يده يصير ملكاً للسيد وليس السيد مستحقاً لشيء منها إلا إذا كان مكاتباً فإنه يعطى.

قال القفال في شرح التلخيص: وهل يعطى سهم العاملين إذا كان عاملاً؟ فيه وجهان مأخوذان من الهاشمي، هل يجوز أن يكون عاملاً[٦]؟

قلت: الوجهان في الهاشمي بناهما الفوراني وغيره[٧] على أن ما يأخذه العامل هل

---

(١) المصدر السابق.

(٢) وقيل: تكره إمامته مطلقاً. وقيل: تكره للأحرار دون العبيد. المجموع ٤/ ٢٩٠.

(٣) الروضة ٣/ ٥٧٤. وفتح الباري ٥/ ٥١.

(٤) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٥/ ٤٩. وصحيح مسلم بشرح النووي ١٠/ ١٩١.

(٥) الروضة ٣/ ٥٧٤. وفتح الباري ٥/ ٥١، وبه قال الإمام مالك.

(٦) المجموع ٦/ ١٦٨.

(٧) لم تذكر كتب الفقه التي بين يدي الفوراني ولكن النووي نسب ذلك إلى الخراسانيين. المجموع ٦/ ١٦٨.

هو أجرة أو زكاة؟ وهو مشكل، لأن الصحيح أنه أجرة، والمذهب أنه لا يدفع إلى الهاشمي منه شيء[1]، وأما الحرية فالمقطوع به في الرافعي وغيره[2]: أنها شرط إذا كان التفويض عاماً أما إذا كان الإمام عيّن له قوماً يأخذ منهم قدراً معيناً فقال الماوردي: لا تشترط الحرية، لأنه رسالة وليس بولاية[3]، ولا يسهم له في الغنيمة لأن ذلك يدخل في ملك السيد من غير استحقاق له، وفي استحقاقه سلب القتيل الذي يقتله وجهان[4]، ولا ميراث له بحال، وكذلك لا يورث عنه ما في يده لأن ذلك ملك لسيده ولا يستقل بالنكاح ولا يتكفل بمال أو نفس إلا بإذن السيد وليس له التصرف في المال استقلالاً إذا لم يكن مأذوناً له إلا في قبول الوصية والهبة وتمليك المباحات ففيه وجهان:

أحدهما: له ذلك بغير إذن السيد وإن كان الملك فيه للسيد.

والثاني: لا يصح إلا بإذنه[5]، والأظهر أنه لا يصح التقاطه ولا يعتد بتعريفه.

والقولان مبنيان على أن مأخذ اللقطة الأمانة أو الكسب؟ وهل له أن يتسرى بالجارية التي ملكه إياها السيد؟ إذا قلنا إنه يملك؟ قال الإمام: إن أذن له جاز عند الجمهور، ومنع الأستاذ أبو إسحاق، وإن لم يأذن لم يكن له ذلك، وفيه وجه ضعيف[6].

وليس له أن يبيع أو يرهَن أو يؤجر إلا بإذن السيد، نعم له أن يشتري نفسه من سيده على الأظهر، ولو وكله رجل في ذلك ففعله صح ووقع الشراء للموكل، ولو وكله رجل في شراء عبد لم يصح إلا بإذن السيد، لأنه يتضرر برجوع عهدة العقد إلى العبد ولا اختيار له فيما جنى عليه بل ذلك إلى السيد، ولا تجب عليه جزية إذا كان ذمياً ولا تحمل عاقلة العبد ما قتل خطأ وفي تحمل الحر قيمة العبد إذا قتل خطأ قولان.

ونفقته نفقة المعسرين، وليس عليه صدقة الفطر عن امرأته، ولا تجزئه كفارة بالمال، ولا دم التمتع والإحصار وترك النسك، فإذا أذن له السيد جاز على القديم.

---

(١) الروضة ٢/ ٣٢٢، والمجموع ٦/ ١٦٨.

(٢) الروضة ٢/ ٣٣٥.

(٣) الروضة ٢/ ٣٣٥.

(٤) أصحهما: أنه يستحقه كما تستحقه المرأة والصبي. الروضة ٢/ ٣٧٤، والأشباه والنظائر للسيوطي ٤٠٠.

(٥) الروضة ٦/ ٥٧٣، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٠٠.

(٦) الروضة ٥/ ٣٩٣-٣٩٧.

القسم الثالث

ما يقبل التبعيض فيكون فيه على النصف من الحر بدليل الآية المتقدمة[1] وذلك في جلد الزنى، ولا رجم عليه بحال، وفي تغريبه ثلاثة أوجه[2].

أصحها: نصف سنة للآية.

والثاني: سنة كاملة.

والثالث: لا يغرب أصلاً، لأن ذلك يفوت حق سيده،وكذلك عليه في حد القذف والشرب نصف حد الحر، ولا يتزوج أكثر من اثنتين، وطلاقه اثنتان أيضاً، وعدة الأمة قرءان أو شهر ونصف،وفي عدة الوفاة شهران وخمس ليال، وإذا كان تحته حرة وأمة فيقسم للحرة ليلتين وللأمة ليلة، وإذا تزوج الأمة على الحرة ولا يتصور ذلك إلا في العبد ففي مقدار قسم الزمان وجهان:

أصحهما: أنها كالحرة في استحقاق السبع إذا كانت بكراً والثلاث إذا كانت ثيباً، لأن المقصود ارتفاع الحِشمة وحصول المباسطة وهذا أمر يتعلق بالطبع فلا يختلف بالحرية والرق.

والثاني: أنها تستحق شطر ما تستحقه الحرة، كالقسم في دوام النكاح، فعلى هذا في كيفيته وجهان:

أحدهما: أنه يكمل المنكسر في الأقراء في العدة وتعداد الطلاق فيكون للبكر أربع ليال وللثيب ليلتان.

وأشبههما: أنه ثلاث ونصف للبكر وليلة ونصف للثيب لأن التنصيف فيه ممكن بخلاف التطليق والأقراء[3].

وإذا زوج السيد أمته فله أن يستخدمها نهاراً ويسلمها إلى الزوج ليلاً، وحينئذٍ فيسقط تمام النفقة أو شطرها فيه خلاف[4].

وإذا كانت الأمة المزوجة ممن تُخدم في العادة لجمالها فهل تجب لها خادمة؟ فيه وجهان:

---

(١) وهي قوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥].

(٢) الحاوي ١٧/ ٨٨، والروضة ١٠/ ٨٧.

(٣) الروضة ٧/ ٣٥٤-٣٥٥.

(٤) المهذب مع المجموع ١٨/ ٢٤٦، والأشباه والنظائر ص ٤٠٠.

أصحهما: لا تجب لنقص الرق[1]، ولا تصير الأمة فراشاً بمجرد الملك حتى يطأ السيد فإذا اعترف بالوطء لحقه الولد، ولا ينتفي عنه إلا بدعوى الاستبراء أو الحلف عليه أو مع نفي الولد أو اللعان على الخلاف في ذلك[2]، بخلاف الحرة لأنها تصير فراشاً ويلحق الولد فيه بالعقد وإمكان اللحوق، لأن مقصود النكاح هو الاستمتاع والولد، وأما ملك اليمين فله مقاصد غير ذلك كالتجارة والاستخدام وغير ذلك.

القسم الرابع

فيما يتعلق بإقراره، وهو مقبول مؤاخذ به فيما يوجب حداً أو قصاصاً، لأن التهمة فيه منتفية، فإن الوازع الطبعي يمنعه أن يقر على نفسه بما يقتضي إتلافه أو فساد عضو منه أو إيلامه.

وخالف المزني فيما يوجب العقوبات[3] فلو أقر بالقصاص على نفسه فعفى المستحق على مال أو مطلقاً وقلنا إنه يقتضي المال فوجهان:

أصحهما: أن ذلك يتعلق برقبته، وإن كذبه السيد، لأنه إنما أقر بالعقوبة واحتمال المواطأة بعيد لما فيها من المخاطرة، إذ قد يموت المستحق فلا يعفي[4].

والثاني: أن الجواب كذلك إن قلنا إن موجب العمد القصاص، أما إذا قلنا: إن موجبه أحد الأمرين ففيه قولان، كالخلاف فيما إذا أقر بسرقة مال يوجب القطع فإنه يقبل في القطع وفي قبوله المال إذا كان تالفاً قولان:

أصحهما: لا يقبل، بل يتعلق بذمته يطالب به إذا أعتق كما لو أقر به ابتداء، وإن كان باقياً وهو في يد السيد لم ينزع منه إلا بالإقرار أو ببينة، وإن كان في يد العبد فطريقان، منهم من قطع بنفي القبول، ومنهم من أثبت فيه قولين، ومنهم من جزم بقبوله إذا كان

---

(١) الروضة ٩/ ٤٦.

(٢) الروضة ٨/ ٣٥٦.

(٣) هذا النقل عن المزني غير دقيق، فقد جاء في مختصر المزني المطبوع مع الأم ٨/ ٢١٢: (ولا يجوز إقرار العبد في المال إلا أن يأذن له سيده في التجارة... ويجوز إقراره في القتل والقطع والحد لأن ذلك على نفسه).
والذي يبدو أن الشيخ العلائي اعتمد في ذلك على الروضة ٤/ ٣٥١، فقد جاء فيها: (ومن المحجور عليه الرقيق والذي يقربه ضربان: أحدهما: يوجب العقوبة كالزنى... فيقبل إقراره به وتقام عليه عقوبته خلافاً للمزني).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٠٢.

باقياً في يد العبد وبالمنع إذا كان تالفاً[1].

أما إذا أقر بدين جناية من غصب أو سرقة لا توجب القطع أو إتلاف فإن صدقه السيد تعلق برقبته وإلا فهو بذمته يتبع به بعد العتق، وإن أقر بدين معاملة ولم يكن مأذوناً له في التجارة، لم يتعلق برقبته بل بذمته لأنه إقرار على السيد، وإن كان مأذوناً له قبل وأدى من كسبه، إلا إذا كان مالاً يتعلق بالتجارة[2] والله أعلم.

قاعدة

في ضمان الأموال المتعلقة بالعبد، وهي إما أن تجب بغير رضى المستحق كأبدال المتلفات وأَرْش الجنايات أو برضاه، فإن كان الأول فهي متعلقة برقبته سواء كان التلف بإذن السيد أم لا على الصحيح، وإن وجبت برضى المستحق لها فإما أن يكون ذلك بغير إذن السيد أو بإذنه، فإن كان بغير إذنه كبدل المبيع والقرض إذا أتلفهما فهو يتعلق بذمته دون كسبه ورقبته.

وإن كانت برضى المستحق والسيد فإما أن يكون تجارة أو لا، فإن لم يكن كالنكاح والضمان، فإما أن يكون مأذوناً له في التجارة أو لا، فإن لم يكن مأذوناً له تعلق المضمون والمهر والنفقة في النكاح بجميع أكسابه على الصحيح، وإن كان مأذوناً له تعلق بذلك وبما في يده من مال التجارة واكتسابها على الأصح أيضاً[3].

وإن كان ذلك تجارة كديون المعاملات اللازمة للمأذون فكذلك أيضاً يتعلق بما في يده من مال التجارة وأكسابها قطعاً وبأكسابه النادرة على الأصح[4] فيها كما تقدم، فإن فضل بعد ذلك شيء تعلق بذمته إلى أن يعتق، وإن كان بإذن من الشارع كاللقطة إذا قلنا إنه أهل للالتقاط فإن تلفت قبل مضي مدة التعريف لم يلزمه شيء لأنها أمانة، وإن كان بعد المدة فهي متعلقة بذمته على الصحيح[5]، وقيل برقبته، وهما إذا لم يعلم السيد فإن علم وأذن فالمطالبة للسيد، أما إذا أتلفها العبد بنفسه فالضمان متعلق برقبته على الصحيح، وكذلك إذا قلنا بالأصح إنه ليس أهلاً للالتقاط فهي في يده مضمونة وتتعلق برقبته[6]، والله أعلم.

---

(١) انظر: تفاصيل إقرار العبد فيما يتعلق بماله أو ببدنه. الحاوي ٨/ ٣٠٣، والروضة ٤/ ٢٥١، والأشباه والنظائر ص ٤٠٢.

(٢) الروضة ٤/ ٢٥١-٢٥٢.

(٣) الروضة ٤/ ٢٤٣.

(٤) الروضة ٣/ ٥٧١.

(٥) الروضة ٥/ ٣٩٦.

(٦) الروضة ٥/ ٣٩٣.

فائدة

قال المحاملي في «اللباب»: الجناية على العبد مثلها على الحر إلا في سبعة أشياء، لا يقتل به الحر، ولا من فيه حرية، وتجب فيه القيمة بالغة ما بلغت، ويعتبر نقصان أوصافه من ضمان نفسه، ولا يختلف بين الذكر والأنثى،ويجب في جنايته نقد البلد، ولا تجري فيه القسامة[١].

قلت: الأصح جريان القسامة في قتل العبد[٢] كما في الحر، والمراد باعتبار نقصان أوصافه ما يجب في الجناية على ما دون نفسه، وذلك إن كان مما يوجب مقداراً من الحر.

فالأظهر أن جراح العبد من قيمته كجراح الحر من ديته، فالواجب فيها جزء من القيمة نسبته إلى كمالها نسبة الواجب في الحر إلى الدية.

والقول الثاني: إنَّ الواجب قدر ما نقص من القيمة، ومن الأصحاب من قطع بالأول وهو المنصوص، وقيل: هو الجديد، فيجب عليه في إحدى يدي العبد نصف قيمته وفي يديه قيمته بكمالها،ولو قطع ذكره أو أنثيه فعليه قيمتان كما تجب فيهما من الحر ديتان وعلى القول الثاني نقصان القيمة، فلو لم ينقص أو زادت فوجهان:

أصحهما: لا يجب شيء[٣].

والثاني: تجب حكومة يقدرها الحاكم باجتهاده وعليه لو قطع يد عبد قيمته ألف فعادت إلى مائتين وجب على هذا القول ثمانمائة درهم، وعلى القول الأصح خمسمائة درهم[٤].

تقسيم آخر: وهو أن الجناية على العبد تارة تكون جناية من غير إثبات يد، وتارة تكون بإثبات اليد فقط وتارة بهما.

فالأول: حكمها ما تقدم.

والثاني: كما إذا غصبه فسقطت يده بآفة سماوية فلا يجب إلا أرش النقص فقط.

والثالث: يضمن فيه الجناية بالمقدار وضمان اليد بما نقص فعليه أكثر الأمرين منهما[٥].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٠١.

(٢) الحاوي ١٦/ ٢٥٧، والروضة ١٠/ ١٠.

(٣) الحاوي ١٦/ ١٢٥، والروضة ٩/ ٣١١-٣١٢.

(٤) الروضة ٩/ ٣١٢.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٠١.

فصل

ويتصل بذلك الكلام في أحكام المبعض إتماماً للفائدة وهو متردد بين الحر والعبد، فلذلك اضطربت فيه مسائل المذهب.

فمنها: ما أُعطي فيه حكم الحر جزماً.

ومنها: ما جزم فيه بحكم الأرقاء.

ومنها: ما أعطي فيه حكم الأحرار فيه على الأصح.

ومنها: ما أعطي فيه حكم الأرقاء على الأصح.

ومنها: ما تردد فيه المذهب ولم ينقل ترجيح.

ومنها: ما أعطي فيه من كل واحد حكمه.

ومنها: ما ليس فيه نقل ويتردد فيه النظر بأي قسم يلحق، فهذه سبعة أقسام.

الأول

ما جزم فيه بحكم الأحرار:

فمنها: أنه يصح بيعه وسلمه وإجارته ورهنه ووقفه وهبته وسائر تبرعاته إلا العتق.

ومنها: ثبوت خيار المجلس وخيار الشرط والأخذ بالشفعة.

ومنها: إذا وطىء المبعضة فأولدها ثبت لنصيبه حكم الاستيلاد.

ومنها: صحة إقراره بما لا يضر المالك، وإن أقر بجناية قبل فيما يتعلق به دون سيده ويقضيه مما في يده.

ومنها: أنه لا يجبرها السيد على النكاح ولا يطؤها.

ومنها: أنه يصح خلعها ولها فسخ النكاح بالإعسار حيث تفسخ الحرة.

ومنها: أنه لا يقيم الحد عليه إلا الإمام دون السيد.

الثاني

ما أعطي فيه حكم الأرقاء جزماً وفيه صور:

منها: لا تجب عليه الجمعة إذا لم تكن في نوبته، ولا تنعقد به، ولا يجب عليه

الحج، إن كان موسراً ولا يسقط حجه حجة الإسلام.

ومنها: أنه لا يصح ضمانه إذا لم يكن مهاياة أو كانت وضمن نوبة السيد.

قال الرافعي: وكان يجوز أن يصح كالشراء أو يخرج على الأكساب النادرة والمؤن النادرة[1].

ومنها: أنه لا يقطع بسرقة مال سيده، ولو سرق حر مبعضاً فهو كما لو سرق رقيقاً.

ومنها: أنه لا ينكح بغير إذن السيد ولا ينكح الحر المبعضة إلا أن يخاف العنت، ولا ينكح من يملك بعضها.

ومنها: إذا أعتقت تحت مبعض ثبت لها الخيار، وإذا أعتق بعضها تحت عبد فلا خيار لها.

ومنها: أنه لا يقتل الحر بقتله ولا يقتل الكافر الحر بالمبعض المسلم كما لا يقتل بالعبد المسلم.

ومنها: أنه لا يكون ولياً ولا والياً ولا شاهداً وكذلك كل ما يمتنع في العبد مما تقدم من كونه خارصاً أو قاسماً أو مترجماً أو وصياً أو قيماً على يتيم وما أشبه ذلك.

ومنها: أنه لا يعقل ولا يعتق في الكفارة ولا يكون محصناً في الزنى ولا في القذف.

ومنها: أنه لا يرث وطلاقه طلقتان وعدتها قرءان.

ومنها: أنه لا يجب عليه الجهاد ولا يحكم لمبعضه ولا يشهد له.

الثالث

ما أعطي فيه حكم الأحرار على الأصح وفيه مسائل:

منها: أنه تجب الزكاة فيما ملكه ويورث ويكفر بالطعام والكسوة.

ومنها: أنه يصح التقاطه وإذا صحت دخلت في ملكه إن لم يكن مهاياة، وكذا زكاة الفطر.

ومنها: أنه يجب على قريبه الموسر من نفقته بقدر ما فيه من الحرية ويشبه أن يكون هذا من القسم السادس.

---

(١) فتح العزيز ١٠/ ٣٦٢، والروضة ٤/ ٢٤٣.

ومنها: أن يقبل الوصية فإن كان بإذن السيد فهي لهما، وإلا فحصته في أحد الوجهين إذا منعناها في حق العبد ويشبه أن يكون هذا من القسم الخامس، وإن كان بينهما مهاياة بنى على الأكساب النادرة فيعتبر حال الموت[1]، وقيل: وقت الوصية وقيل: وقت القبول، والهبة كالوصية والاعتبار فيها بالقبض، ولو أوصى لنصفه الحر أو لنصفه العبد، قال القفال: لا تصح[2]، وقال غيره: تصح، وتختص كل جهة بمستحقها، ومنهم من صحح هذا[3].

ولو أوصى لمن نصفه حر ونصفه لوارث الموصي فإن لم يكن بينهما مهاياة أو كانت ولم يعتبرها فهي وصية للوارث، قال الإمام: ويحتمل التبعيض[4].

وإن كانت مهاياة واعتبرت فعلى ما تقدم من الأصح في اعتبار يوم الموت، فإن كان للوارث بطلت أو للعبد صحت وجريان المهاياة بعد الوصية كمفارقتها.

ومنها: إذا اشترى زوجته بالمال المشترك بإذن سيده ملك جزأها وانفسخ النكاح، أو بغير إذنه فعلى تفريق الصفقة، فإن صح انفسخ، وإن اشترى بخالص مال السيد لم يصح، أو بخالص ماله انفسخ، ويجري هذا كله فيما لو اشترت زوجها[5].

القسم الرابع

ما أعطي حكم الأرقاء على الأصح، وفيه صور:

منها: أنه لا تجب الجمعة بنوبته ولا يقتل بمثله، والوجه الآخر أنه إن لم تزد حرية القاتل قتل به.

ومنها: أن نفقة زوجته نفقة المعسرين، وإن كان موسراً[6]، وقيل: تسقط كزكاة الفطر إذا لم يكن مهاياة[7].

ومنها: أنه يحد في الزنى حد العبد، وقيل: يزاد بالنسبة وكذا حد القذف ويقاس به

---

(١) وهو الأصح. الروضة ٦/ ١٠٢.

(٢) الروضة ٦/ ١٠٢.

(٣) كالنووي. الروضة ٦/ ١٠٣.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٠٥.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٠٥.

(٦) الحاوي ١٥/ ٤٦، والوجيز ٢/ ١١٠.

(٧) الحاوي ١٥/ ٤٧، والروضة ٢/ ٢٩٦.

أيضاً حد الشرب ولم يتعرضوا له.

ومنها: أنه يمنع من التسري وإن كان اشتراها بما ملكه ببعضه الحر، فإن أذن له السيد بنى على صحة ملكه فيجوز على القديم، ومال ابن الصباغ إلى أنه لا حاجة إلى إذن السيد كما أنه يأكل كسبه ويتصرف فيه[1].

ومنها: أنه لا تجب عليه نفقة القريب وإن وجبت على الوجه الآخر كما اختاره في البسيط، وشبهها بالغرامات[2] فتجب نفقة كاملة وقيل: يسقط ما في يده من الجزية.

ومنها: أنه لا تجب عليه الجزية، وقيل: تقسط[3].

ومنها: عدم وجوب سترة الحرائر على المبعضة في الصلاة.

ومنها: اشتراط النجوم في الكتابة.

ومنها: أنه إذا ملك بنصفه الرقيق أو وهب له بعض عبد يعتق على سيده فقبل بغير إذنه وقلنا يصح، صح وسرى على السيد، واستشكل السريان لدخوله في ملك السيد قهراً، ذكره في العتق في الروضة[4].

القسم الخامس

ما ذكر فيه خلاف ولم يرجح إلحاقه بأحد القسمين، وفيه صور:

منها: إذا قدر على مبعضه هل ينكح الأمة[5].

ومنها: إذا التقط لقيطاً في نوبته هل يستحق كفالته؟ فيه وجهان نقلهما الرافعي عن صاحب المعتمد[6].

ومنها: لو سرق سيد المبعض ما ملكه ببعضه الحر، قال القفال لا يقطع، وقال الشيخ أبو علي يقطع[7].

---

(١) الروضة ٧/ ٢٣٩.

(٢) المصدر السابق ٩/ ٩٧.

(٣) الروضة ١٠/ ٣٠١.

(٤) الروضة ١٢/ ١٣٥.

(٥) الروضة ٧/ ١٣٢، والأشباه والنظائر للسيوطي ٤٠٦.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٠٧.

(٧) الروضة ١٠/ ١٥٠، والأشباه والنظائر للسيوطي ٤٠٧.

السادس

ما أعطي فيه من كل واحد منهما حكمه، ويمكن أن يكون من بعض الأقسام المتقدمة وذلك في مسائل:

منها: إذا جُنِيَ عليه وجب قيمة الرقيق ودية الحر وغرة المبعض كذلك فيجب نصف قيمة جنين رقيق ونصف غرة حر.

ومنها: أن المبعضة يزوجها المالك مع قريبها[١] فإن لم يكن لها قريب فالمعتق معه، فإن لم يكن فالسلطان، وقيل يزوجها المالك والمعتق، وقيل المالك والسلطان وقيل يستقل مالك البعض وقيل لا تزوج[٢].

ومنها: إذا قتل خطأ تحملت العاقلة نصف الدية، نقله الرافعي عن فتاوى القاضي حسين[٣].

ومنها: أنه يعتكف في نوبته إذا كان بين سيده وبينه مهاياة دون نوبة السيد.

ومنها: قال الروياني في كتاب الرهن لو ملك المبعض بنصفه الحر مالاً فاقترضه منه مالك النصف ورهن عنده نصيبه الرقيق، صح.

قلت: وهذه من مسائل المهاياة لأنه يقال فيها مبعض لا يملك مالك النصف عتق نصيبه إلا بإذن المبعض لأن هذا النصف إذا كان مرهوناً عنده لم يتمكن السيد من عتقه على أحد الأقوال أو على الأصح إذا كان معسراً إلا بإذنه[٤].

القسم السابع

ما ليس فيه نقل وفيه نظر من حيث البحثُ وفيه مسائل:

منها: القسم للمبعضة هل يعطى حكم الحرائر أو حكم الإماء أو يوزع[٥].

ومنها: الجمع بين أكثر من اثنتين هل يعطى حكم الحر أو حكم العبد، أو يوزع كما

---

(١) أ: قرينها.

(٢) الأشباه والنظائر ٤٠٦.

(٣) وهو بذلك يصحح ما نقله العلائي عن الرافعي، فالرافعي نقل هذه المسألة من فتاوي البغوي وليس من فتاوي القاضي حسين وهو صحيح. الروضة ٩/ ٣٦٢.

(٤) الروضة ٤/ ٧٦-٧٧.

(٥) جزم الماوردي أنها كالأمة. الحاوي ١٢/ ٢١٥.

إذا كان منصفاً فيتزوج فيه ثلاثاً؟ والظاهر أنه لا يزيد على اثنتين لأن النصف الرقيق منه غير منفصل فيؤدي إلى أن ينكح به أكثر من اثنتين وليس هذا كالدية الواجبة واكتساب المال[1].

ومنها: الوقف عليه هل هو كالعبد فلا يصح أو يصح في نصيبه[2]؟

ومنها: إذا اجتمع رقيق ومبعض أيهما أولى بالإمامة؟ والذي يظهر أن المبعض أولى، وكذلك إذا مات الرجل تغسله أمته ولا يجري ذلك في المبعضة لأنها أجنبية وهي أولى من المكاتبة وقد جزموا بأنها لا تغسل السيد.

ومنها: لووكل المرتهن الراهن في قبض المرهون من نفسه، لم يصح، وكذلك لو وكل عبد الراهن، فلو وكل مكاتبه صح، لأنه لأجنبي والمبعض فيه نظر ويحتمل أن يكون كالمكاتب.

ومنها: توكيل العبد في الشراء بغير إذن السيد لا يصح على الأصح[3]، فلو وكل المبعض يظهر فيه الصحة كما لو اشترى لنفسه.

ومنها: إذا توكل العبد في النكاح صح في القبول دون الإيجاب على الأصح[4]، والمبعض ينبغي أن يكون أولى بالصحة.

ومنها: لو باع العبد من نفسه على عين معينة لم يصح لكن يعتق وعلى العبد قيمته، فلو باع المبعض ينبغي أن يقطع بالصحة لأنه يملك تلك العين.

ومنها: إذا أودع عند عبد ففي ضمانه قولان[5]، وينبغي أن يضمن المبعض قولاً واحداً.

ومنها: أنه هل يسهم له من الغنيمة؟ فيه نظر، ويقوى ذلك إذا كان بينه وبين السيد مهاياة وقاتل بإذنه في نوبة نفسه فغنموا فإنه يظهر أنه يسهم له ويكون ذلك كما لو اكتسب في نوبته ولا يخرج على الأكساب النادرة لأن إذنه له بالقتال لا يجعل الغنيمة نادرة، وليس له أن يقاتل بغير إذن مالك البعض قطعاً، ولم يتعرضوا له أيضاً وكذلك

---

(١) الحاوي ١١/ ٢٦٤.
(٢) قال السيوطي في الأشباه والنظائر ٤٠٧ : فيه نقل صرح بصحته ابن خيران في اللطيف.
(٣) الروضة ٤/ ٢٩٨.
(٤) المصدر السابق.
(٥) الروضة ٦/ ٣٢٦.

القول في سلب القتيل، وإذا لم يكن مهاياة وحضر بإذنه ففي سلب القتيل والرضخ احتمال، لجريان الخلاف ويبعد ذلك في الإسهام ولا يجيء أصلاً.

ومنها: إذا اشترط حريته في النكاح فخرج مبعضاً ففي صحته وثبوت الخيار ينبغي أن يكون كالرقيق، وكذلك إذا ظن حريتها فخرجت مبعضة فيظهر أن يكون كما لو وجدها أمة وهو حر.

ومنها: إذا استلحق الرقيق ولداً ففيه ثلاثة طرق، والأصح الصحة[(١)] والمبعض يحتمل أن يكون كذلك ويحتمل أن يكون أولى بالصحة.

ومنها: إذا استلحق الحر عبداً صغيراً لغيره لم يصح، أو كبيراً ففيه وجهان[(٢)]، فلو استلحق مبعضاً يحتمل أن يكون كذلك، ويحتمل أن يكون أولى بالصحة.

ومنها: أنه هل يرى سيدته؟ إذا قلنا يرى العبد سيدته ففيه نظر وينبغي أن لا يراها[(٣)].

ومنها: هل يرى من نصفها له والباقي حر؟ يحتمل أن يكون فيه الخلاف في عورتها في الصلاة[(٤)]، وقد رجح الماوردي فيها أنها كالحرة[(٥)].

ورجح ابن الصباغ وطائفة أنها كالأمة[(٦)].

ومنها: في عدة الوفاة إذا كانت عدتها مطلقة بالأشهر، لم أجد فيه نقلاً بل قالوا عدتها قرءان، فيحتمل أن يكون في الشهر شهر ونصف[(٧)] كذلك وهو الظاهر ولا يبعد جريان خلاف في عدة الوفاة كما لو قالوا في حد الزنى والقذف إنه يجب فيهما بحساب ما فيه من الرق والحرية على قول كما تقدم، والله أعلم.

فائدة

الحرية تسري فيما إذا أعتق مالك العبد جزءاً منه أو أعتق الشريك الموسر نصيبه،

---

(١) والثاني: لا يلحق أبداً.
والثالث: يلحق إن كان مأذوناً له في النكاح ومضى زمان إمكانه وإلا فلا. الروضة ٥/ ٤٣٧.

(٢) الروضة ٤/ ٤١٥.

(٣) المصدر السابق ٧/ ٢٣.

(٤) فقيل عورتها: كعورة الرجل، وقيل: كعورة الحرة. المجموع ٣/ ١٦٨.

(٥) الحاوي: ٢/ ٢٢٤.

(٦) ذكرت هذه الآراء دون نسبتها لأحد في الحاوي ٢/ ٢٢٤، والمجموع ٣/ ١٦٨.

(٧) ذكر ذلك الماوردي في الحاوي ١٤/ ٢٥٨.

وأما الرق فهل يسري؟ لا يوجد ذلك إلا في صورة واحدة، وهي أن الحربي الحر يتخير الإمام فيه إذا أسر بين القتل والاسترقاق والمن والفداء، فلو استرق بعضه ففي جوازه وجهان[١] يبنيان على أحد القولين في أحد الشريكين إذا أولد الجارية المشتركة وهو معسر، هل يكون الولد حراً كله أو يكون بقدر نصيب الشريك رقيقاً؟[٢] والأقيس على ما ذكره الإمام وغيره جواز إرقاق بعض الشخص.

قال البغوي في التهذيب: فإذا لم نجوز ذلك فإن ضرب الرق على بعضه رق الكل وكان يجوز أن يقال لا يرق شيء[٣]، والله أعلم.

فصل

وكما خرج العبد والمبعض عن بقية المكلفين في مواضع من الأحكام لمعنى خاص اقتضى خروجهما فيه، فكذلك الأعمى خرج أيضاً في مواضع كثيرة إما اتفاقاً أو خلافاً عن بقية المكلفين، فنذكرها هاهنا إتماماً للفائدة.

فمنها: لا يجتهد في القبلة قطعاً ويجتهد في المواقيت كذلك، وهل يجتهد في الأواني إذا تنجس بعضها؟ فيه قولان:

أظهرهما: أنه يجتهد، فلو لم يظهر له شيء كان له التقليد على الأصح، فلو لم يجد من يقلده أو قلنا: لا يقلد، فوجهان: أصحهما أنه يتيمم ثم يعيد، وقيل: يخمن أكثر ما يقدر عليه فيتوضأ به ثم يعيد[٤].

ومنها: قالوا يكره أن يكون المؤذن الراتب أعمى[٥]، ولا يخلو عن نظر، لأن ابن أم مكتوم[٦] كان راتباً للنبي ﷺ وهو أعمى، ولكن يمكن أن يقال: كان يرجع إلى من يبصر بدليل قولهم له: أصبحت أصبحت[٧].

---

(١) أصحهما: نعم. الروضة ١٠/ ٢٥١.

(٢) الروضة ١٢/ ١٢١.

(٣) الروضة ١٠/ ٢٥١.

(٤) المجموع ٩/ ٣٠٤، والأشباه والنظائر ٤٣٠.

(٥) المجموع ٩/ ٣٠٤، والأشباه والنظائر ٤٢٧.

(٦) اسمه عمرو وقيل عبد الله بن أم مكتوم القرشي أسلم قديماً في مكة، وكان من أوائل المهاجرين، استخلفه رسول الله ﷺ على المدينة في كافة غزواته، وكان ضريراً. الإصابة ٢/ ٥٢٣-٥٢٤.

(٧) عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «إن بلالاً يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى ينادي ابن أم مكتوم» ثم قال: وكان رجلاً أعمى لا ينادي حتى يقال له: أصبحت أصبحت. =

ومنها: اختلفوا في أنه هو والبصير سواء في الإمامة أم لا؟

فيه ثلاثة أوجه، والأصح أنهما سواء[1]، والبصير أولى منه بغسل الميت قطعاً.

ومنها: أنه لا تجب عليه الجمعة إذا لم يجد قائداً، وقال القاضي حسين وصاحب التتمة: إذا أحسن المشي بالعصا بلا قائد لزمته[2]، وكذلك لا يجب عليه الحج إذا لم يجد قائداً متبرعاً أو كان عاجزاً عن أجرة قائد وهو في حقه كالمحرم في حق المرأة.

ومنها: اجتهاده في أوقات الصوم والفطر لم أظفر بها منقولة فيحتمل أن يكون كأوقات الصلاة ويمكن الفرق بينهما بما في مراعاة طلوع الفجر وغروب الشمس دائماً من المشقة فالظاهر جواز التقليد إذا وجد من يقلده، وإن لم يجد فيخمن ويأخذ بالأحوط[3].

ومنها: أنه تكره ذكاته لأنه ربما أخطأ المذبح، وفي حل صيده بالكلب والسهم وجهان أصحهما: التحريم.

قال الرافعي: والأشبه أن ذلك مخصوص بما إذا أخبره بصير بالصيد، وكذا صورها البغوي، ومقتضى هذا أنه حين لا يكون له أمارة عند الإرسال لا يحل قولاً واحداً[4].

ومنها: أنه لا يصح بيعه وشراؤه على المذهب، فقيل: إن ذلك مبني على شراء الغائب والأعمى أولى بالبطلان، لأنا إذا صححنا شراء الغائب كان له خيار الرؤية، والأعمى لا يبصر، وقال الغزالي رحمه الله[5]: وهو مبني على جواز التوكيل في خيار الرؤية، ومأخذه أنه هل يراه في الحظ والمصلحة أو إلى الإرادة والتشهي.

وقداستثني من عدم صحة بيعه وشرائه صورتان:

إحداهما: شراؤه نفسه من سيده.

= صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢/ ٩٩.

(١) المجموع ٤/ ٢٨٦-٢٨٧.

(٢) المجموع ٤/ ٤٨٦، والروضة ٢/ ٣٦.

(٣) قال السيوطي: «هذا كلام غير متنهض، إنه يشعر بأنه ليس له التقليد في أوقات الصلاة، والمنقول خلافه فإذن الأوقات والصوم سواء في جواز الاجتهاد والتقليد، وهو مقتضى عموم كلام الأصحاب» الأشباه والنظائر ص ٤٣٠.

(٤) الروضة ٣/ ٢٣٨.

(٥) المجموع ٩/ ٣٠٣، والروضة ٣/ ٣٦٨.

والثانية: إذا رأى الشيء وهو يبصر ثم عقد عليه بعد ما عمي، وذاك مما لا يتغير، فيصح في هاتين الصورتين[1].

ومنها: لا تصح منه الإجارة والرهن والهبة والمساقاة والصلح وما أشبه ذلك إلا في إجارته من الغير كما في شرائه من السيد.

وكذلك أيضاً يجوز له أن يقبل الكتابة من سيده على نفسه وفي مكاتبته عبده وجهان، قطع البغوي بالمنع، وصحح المتولي والنووي الصحة تغليباً لجانب العتق[2]، وكذلك أيضاً يصح سلمه والسلم إليه إذا كان قد عمي بعد سن التمييز، لأنه يعرف الأوصاف المقصودة في السلم، فإن كان قد عمي قبل ذلك أو ولد أكمه، فقيل: لا يصح ذلك[3]، وهو اختيار المزني وابن سريج، والأصح عند الجمهور الصحة لأنه، يعرف الأوصاف بالسماع[4] ويتخيل الفرق بينها[5]، وكل ما لا يصح منه بنفسه يصح توكيله فيه للضرورة[6].

ومنها: إذا ملك شيئاً إما بالسلم أو بالشراء إن صححناه لم يصح قبضه ذلك بنفسه على الأصح، ولا يعتد به[7]، كما قال الغزالي رحمه الله وفي قبضه في الهبة والدين خلاف مرتب على الشراء وأولى بالصحة لأنه فعل يبعد عن الغرر.

قلت: فيمكن أن يلحق به ما ورثه، وقد صرح بعضهم بأنه لا يصح قبضه ذلك بنفسه، فلو اشترى البصير شيئاً ثم عمي قبل قبضه فهل ينفسخ البيع؟ فيه وجهان، كما لو اشترى الكافر مثله فأسلم العبد قبل القبض، وصحح النووي رحمه الله: أنه لا ينفسخ[8] وله التوكيل في القبض.

ومنها: هل يجوز أن يكون وصياً؟ فيه وجهان، صحح القاضي حسين المنع، وصحح الرافعي والنووي رحمهما الله: الجواز[9]، لأنه من أهل التصرف في الجملة، وما لا يصح منه يوكل فيه من يثق به، وكذلك في جواز كونه ولياً في النكاح وجهان،

---

(١) المجموع ٩/ ٣٠٣.

(٢) الروضة ٣/ ٣٦٩، والمجموع ٩/ ٣٠٣.

(٣) وإليه ذهب المتولي. المجموع ٩/ ٣٠٣.

(٤) الروضة ٣/ ٣٦٩، والمجموع ٩/ ٣٠٣.

(٥) في جميع النسخ «بينهما» والصحيح ما أثبتناه، لأن الضمير عائد إلى الأوصاف.

(٦) الروضة ٣/ ٣٦٩، والمجموع ٩/ ٣٠٣.

(٧) المجموع ٩/ ٣٠٣.

(٨) المجموع ٩/ ٣٠٤.

(٩) الروضة ٦/ ٣١١.

أصحهما: الجواز، وعلى الآخر قال الإمام تنتقل الولاية إلى الأبعد ويصح خلع المرأة بلا خلاف لكن إذا كان على عين معينة بطل فيها على المذهب ويرجع إلى مهر المثل.

ومنها: أنه لا يجزىء عتق الأعمى في الكفارة بلا خلاف، وإذا نذر عتق رقبة وأطلق، ففي إجزاء الأعمى وجهان، أصحهما: الإجزاء، وهما مبنيان على أن النذر يسلك به مسلك جائز الشرع أو واجبه وستأتي هذه القاعدة إن شاء الله تعالى.

ومنها: أنه لا يقتص من العين السليمة بالحدقة العمياء قطعاً، ويقطع جفن البصير بجفن الأعمى لتساويهما، إذ البصر ليس بالجفن، والحدقة قائمة مترددة بين البصيرة والعمياء فلا تؤخذ الصحيحة بها، وإن رضي الجاني، وهل تؤخذ القائمة بالصحيحة؟ فيه وجهان[١].

ومنها: أنه لا جهاد على الأعمى قطعاً بنص القرآن[٢]، وفي قتل الأعمى من أهل الحرب قولان، أظهرهما: الجواز[٣]، وعلى هذا فيجوز استرقاقه وسبي أولاده.

أما على القول الآخر: فالمذهب أنه يرق بنفس الأسر كالنساء، وقيل: فيه قولان[٤].

وفي أخذ الجزية منه طريقان:

أظهرهما: القطع بضربها عليه[٥].

والثاني: قولان بناء على القولين في أنه لا يقتل[٦].

ومنها: أنه لا يجوز أن يكون سلطاناً بلا خلاف[٧]، ولا قاضياً على الأصح الذي قطع به الجمهور[٨].

---

(١) قال في الروضة ٩/ ١٩٧: (وتأخذ القائمة بالصحيحة إذا رضي المجني عليه).

(٢) قال تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ﴾ [الفتح: ١٧].

(٣) الحاوي ١٨/ ٣٥٨، والروضة ١٠/ ٢٤٣.

(٤) الأسير إذا أسلم قبل الاسترقاق ففي قول يتعين رقه وفي قول: للإمام أن يرقه وأن يمن عليه أو يفاديه. الروضة ١٠/ ٢٤٤.

(٥) الروضة ١٠/ ٣٠٧.

(٦) الحاوي ١٨/ ٣٥٨.

(٧) الأحكام السلطانية ١٦.

(٨) ذهب الإمام مالك والروياني من الشافعية إلى جواز كونه قاضياً. الحاوي ٢٠/ ٢١٨، والروضة ١١/ ٩٦.

وفيه وجه اختاره ابن أبي عصرون[1]، ثم هل العمى في حقه إذا عرض له سالب أو مانع؟ فيه وجهان، اختلف في تصحيح ما يترتب عليهما فقالوا: هل تعود ولايته إذا زال العمى من غير تجديد فيه وجهان، أصحهما: المنع.

وقالوا: إذا عمي بعد الدعوى عنده في قضية وسماع البينة وتكاملها، ففي نفوذ قضائه في تلك القضية وجهان، أصحهما: النفوذ إذا كان المحكوم له والمحكوم عليه معروفين.

ومنها: أنه لا تصح شهادته إلا فيما تحمله قبل العمى، وكان كل من المشهود له والمشهود عليه معروفاً لا يحتاج إلى تشخيص، وكذلك مسألة الضبط إذا وضع الإنسان فمه على أذن الأعمى ويد الأعمى على رأسه ثم أقر بشيء وتعلق به الأعمى إلى أن أدى الشهادة عليه بذلك، وفي جواز شهادته بالاستفاضة فيما شهد به فيها وجهان:

أصحهما: الجواز[2].

والثاني: المنع.

قال الرافعي رحمه الله: ويمكن أن يكون المنع فيما إذا سمع من عدد يمكن اتفاقهم على الكذب، فأما إذا سمع من جمع كبير فلا يتوجه[3]، نعم لا بد وأن يكون المشهود به وله وعليه معروفين لا يحتاج واحد منهم إلى إشارة، وهل يجوز أن يكون مترجماً للقاضي؟ وجهان[4]، أصحهما: الجواز، لأن الحاكم يرى المترجم عنه والأعمى يحكي كلاماً يسمعه.

ومنها: قبول رواية ما تحمله بعد العمى، وفيه وجهان، أصحهما: الجواز إذا كان ذلك بخط موثوق به، واختار الإمام والغزالي المنع[5]، ولعله فيما يحفظه ولم يضبطه معه غيره، كما قيل في تحمله الشهادة.

ومنها: أنه هل يجوز اعتماد المؤذن العارف بأوقات الصلوات في دخول الوقت؟ فيه أوجه:

---

(١) هو شرف الدين أبو سعد عبد الله بن هبة الله الموصلي، تفقه على ابن الشهرزوري، والفارقي، وابن برهان، رحل إلى واسط وبغداد ثم رجع إلى الموصل، فدرس بها ثم ارتحل إلى حلب، ثم دمشق، عمي آخر عمره، توفي سنة ٥٨٥هـ. طبقات الأسنوي ٢/ ١٩٣، وشذرات الذهب ٤/ ٢٨٣.

(٢) وإليه ذهب ابن سريج والجمهور.

(٣) الروضة ١١/ ٢٧١.

(٤) الماوردي ٢٠/ ٢٤٢، وأدب القضاء ١/ ٣٣٢.

(٥) الأشباه والنظائر ٤٢٩.

أحدها: الجواز للبصير والأعمى، وهو الأصح عند النووي[١] رحمه الله.

والثاني: المنع مطلقاً وهو ضعيف[٢].

والثالث: يجوز ذلك للأعمى دون البصير[٣].

والرابع: يجوز للأعمى مطلقاً، وأما البصير فيجوز في الصحو دون الغيم[٤]، لأن فرض البصير الاجتهاد والمؤذن في الغيم مجتهد فلا يقلده من فرضه الاجتهاد بخلاف الصحو، فإنه مخبر عن معاينة، وصححه الرافعي[٥]، وفي هذين القولين يفترق الأعمى والبصير.

ومنها: هل العمى من الخصال المعتبرة في الكفاءة في النكاح؟ حكى الرافعي عن الروياني أنه منها، قال: وبها قال بعض أصحابنا، واختاره الصيمري وهو جار في كل ما ينفر النفس من تشوه الخلق ونحوه[٦].

والجمهور قطعوا بعدم اعتبار ذلك في الكفاءة، والوجهان جاريان أيضاً فيما إذا قبل لابنه نكاح عمياء وهما في كتاب ابن كج على ما نقله الرافعي.

ومنها: أن العمى هل يمنع الأهلية في الحضانة، قال ابن الرفعة: لم أر فيه شيئاً غير أن في كلام الإمام ما يستنبط منه أنه مانع، ثم قال: وقد يقال فيه ما قيل في الفالج إذا كان لا يلهي عن الحضانة بل يمنع الحركة[٧].

ومنها: أنه لا يكون محرماً في المسافرة بقريبته، ذكره أبو عاصم العبادي في كتابه الزيادات[٨]، ووجهه ظاهر[٩]، والله أعلم.

---

(١) وإليه ذهب ابن سريج وأبو حامد وصاحب التهذيب والبندنيجي. المجموع ٣/ ٧٤.

(٢) حكاه في التهذيب والتتمة. المصدر السابق.

(٣) حكاه القاضي أبو الطيب. المصدر السابق.

(٤) وهو ما رجحه الروياني. المصدر السابق.

(٥) فتح العزيز ٣/ ٥٩.

(٦) الروضة ٧/ ٨٠.

(٧) الفالج وغيره من الأمراض التي لا يرجى شفاؤها إن كان يشغل عن كفالة وتدبير أمر الولد يسقط الحضانة، وإن كان تأثيره بعسر الحركة والتصرف سقطت الحضانة في حق من يباشرها بنفسه دون من يشير بالأمور ويباشرها غيره. الروضة ٩/ ٩٩.

(٨) الزيادات: كتاب في فروع الشافعية في مائة جزء، وأصله في مجلد لطيف، ويعبر الرافعي عنه بفتاوى العبادي. كشف الظنون ٢/ ٩٦٤.

(٩) الأشباه والنظائر للسيوطي.

فهرس المجلد الأول